

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2012:BU3100

Verstappen, L.C.A.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstappen, L. C. A., (2012). Case note: ECLI:NL:HR:2012:BU3100: NJ 2012/260, Nr. ECLI:NL:HR:2012:BU3100, jan 20, 2012. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2012, Nr. 19).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

NJ 2012/260: Beding inzake voorkeursrecht in akte van levering. Dwingende bewijskracht akte uitsluitend ten behoeve van de wederpartij (en haar rec...

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	20 januari 2012
Magistraten:	Mrs. J.B. Fleers, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, M.A. Loth, C.E. Drion	Zaaknr:	10/02904
Conclusie:	A-G prof.mr. M.H. Wissink	LJN:	BU3100
Noot:	L.C.A. Verstappen	Roepnaam:	Agfa/Foto Noort
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2012:BU3100, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 20-01-2012; ECLI:NL:PHR:2012:BU3100, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 28-10-2011; Beroepschrift, Hoge Raad, 30-06-2010		

Wetgang: Rv art. 151 en 157

Brondocument: HR, 20-01-2012, nr. 10/02904

Essentie

Beding inzake voorkeursrecht in akte van levering. Dwingende bewijskracht akte uitsluitend ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), niet tegen de in het beding genoemde voorkeursgerechtigden; art. 157 Rv. Uitleg beding; Haviltex-maatstaf.

De inhoud en strekking van art. 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer brengen mee dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), dat wil zeggen degene die in de akte van levering als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden (HR 5 december 2003, *NJ* 2004/75). Aan de akte van levering komt geen dwingende bewijskracht toe tegen de in het beding inzake voorkeursrecht van koop genoemde gerechtigden, ook niet in hun onderlinge verhouding, nu daaruit niet blijkt van hun bedoeling zich jegens de kopers, de verkopers dan wel elkaar bewijsrechtelijk te binden.

De klacht dat het hof de betekenis van de bewoordingen uitsluitend taalkundig heeft uitgelegd, faalt. Het hof heeft de betekenis van de bewoordingen van het beding weliswaar vastgesteld door middel van taalkundige uitleg, maar niet dan nadat het tot het oordeel was gekomen dat er geen andere voor toepassing van de Haviltex-maatstaf relevante feiten of omstandigheden waren gebleken die aan zodanige wijze van uitleg in de weg stonden.

Samenvatting

In een transactie tussen de kopers en de verkopers van een woonhuis zijn S. en F. in de koopovereenkomst en in de leveringsakte genoemd als voorkeursgerechtigden. Bij de uitoefening van het voorkeursrecht is een geschil ontstaan over de vraag of daartoe S. alleen gerechtigd is of S. en F. tezamen. De koopovereenkomst en de leveringsakte bevatten op dit punt andersluidende bepalingen. F. vordert in dit geding de helft van de waarde van het voorkeursrecht. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft S. bij tussenarrest toegelaten tot het bewijs van omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen bij deze akte afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. Hiertegen richt zich het middel. Het middelonderdeel dat klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de dwingende bewijskracht van het in de akte van levering verklaarde aangaande het voorkeursrecht ook geldt in de onderlinge verhouding tussen S. en F., is gegrond. De inhoud en strekking van art. 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer brengen mee dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden (HR 5 december 2003, LJN AK3701, NJ 2004/75). Aan de onderhavige akte komt geen dwingend bewijs toe tegen S. en F., ook niet in hun onderlinge verhouding, nu daaruit niet blijkt van hun bedoeling zich jegens de kopers, de verkopers dan wel elkaar bewijsrechtelijk te binden. De gegrondbevinding van het middelonderdeel leidt echter niet tot cassatie, nu het hof zijn oordeel dat S. (nader)tegenbewijs moet leveren, tevens heeft gebaseerd op zijn (voorlopig) oordeel over de uitleg van de akte. De middelonderdelen welke klagen dat het hof slechts lippendienst heeft bewezen aan de Haviltex-maatstaf en in feite uitsluitend een taalkundige uitleg heeft toegepast, falen. Zij zien eraan voorbij dat het hof de betekenis van genoemde woorden ten slotte weliswaar heeft vastgesteld door middel van taalkundige uitleg, maar niet dan nadat het hof tot het oordeel was gekomen dat er geen andere voor toepassing van de Haviltex-maatstaf relevante feiten of omstandigheden waren gebleken die aan zodanige wijze van uitleg in de weg stonden.

Partij(en)

S., te Schalkwijk, gemeente Houten, eiser tot cassatie,adv.: mr. E.C.M. Hurkens, mede toegelicht door mr. I.C. Blomsma,
tegen

F., te Schalkwijk, gemeente Houten, verweerster in cassatie, adv. : mr. E.H. van Staden Ten Brink.

Voorgaande uitspraak

Hof:

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

- 4.1 Het gaat in deze zaak om het volgende. Het echtpaar T. en M. heeft zijn woning gelegen aan de a-sstraat 1 op 15 oktober 1996 verkocht en op 25 maart 1997 geleverd aan het echtpaar A. en G.

In artikel 17 van de koopovereenkomst van 15 oktober 1996 (hierna: de koopovereenkomst) is bepaald:

‘(...) Voorkeursrecht van koop

Artikel 17

Verkoper en koper zijn overeengekomen dat koper bij het metterwoon verlaten van het verkochte dit te koop aanbiedt aan de heer S., wonende b-sstraat 1 te a-plaats en bij vooroverlijden zijn echtgenote, mevrouw F. voor een waarde gelijk aan de waarde in het economisch verkeer, met dien verstand dat de waarde nimmer hoger zal zijn dan f 600.000,-. (...)’

In de akte van levering van 25 maart 1997 (hierna: de akte van levering) is bepaald:

‘(...) Voorkeursrecht van koop

Koper verleent bij het metterwoon verlaten van het verkochte het voorkeursrecht van koop aan: de heer S., geboren in negentienhonderdachtenveertig en/of zijn echtgenote mevrouw F., geboren in negentienhonderdzevenenvijftig, beiden wonende b-sstraat 1 te a-plaats, voor een waarde gelijke aan de waarde in het economische verkeer, met dien verstande dat deze waarde nimmer hoger zal zijn dan zeshonderdduizend gulden (f 600.000,00). De waarde in het economisch verkeer zal in onderling overleg dienen te worden vastgelegd of, bij ontbreke aan overeenstemming daaromtrent, door een door de Kantonrechter te Utrecht aan te wijzen waardedeskundige. (...)’

- 4.2 F., het nichtje van A. en G., en S. waren destijds gehuwd onder huwelijkse voorwaarden. Hun huwelijk is ontbonden op 21 maart 2003 door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Partijen hebben de gevolgen van hun echtscheiding geregeld in een echtscheidingsconvenant (van december 2002). Na het overlijden van het echtpaar A. en G. (mevrouw G. is als laatste op 19 maart 2005 overleden) zijn F. en S. (met name) onderling (en indirect ook met de executeurs-testamentair van echtpaar A. en G.) in conflict geraakt over de vraag aan wie van hen beiden (de waarde van) het voorkeursrecht van koop toekomt. Na een daartoe strekkende toestemming namens F. onder voorbehoud van al haar rechten en weren (zie onder 3.8) hebben de executeurs de woning voor een bedrag van € 272.339,- verkocht en op 13 april 2007 geleverd aan S.. S. heeft de woning op 16 juli 2007 doorverkocht voor een bedrag van € 560.000,-.
- 4.3 In eerste aanleg heeft F. jegens S. een verklaring voor recht gevorderd alsmede een schadevergoeding (in de vorm van levering dan wel een geldsom). Zij stelde primair alleen, subsidiair voor de helft, gerechtigd te zijn tot het voorkeursrecht, althans tot het verschil tussen de vrije economische waarde van het voorkeursrecht per 13 april 2007 (volgens F.

€ 630.000,-) en de uitoefenprijs volgens de akte van levering (Nlg. 600.000,-). De rechtbank heeft F., na beoordeling van onder meer de verklaringen van S., T. en O., in het ongelijk gesteld. F. is in hoger beroep gekomen en heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd, zoals weergegeven onder 2.2. Het hof zal de grieven zoveel mogelijk gezamenlijk behandelen.

- 4.4** De koopovereenkomst en de akte van levering bevatten verklaringen afkomstig van de verkopers en de kopers, niet van F. en S.. Zij beiden waren wel aanwezig bij de ondertekening van de koopovereenkomst en de akte van levering. S. en F. zijn geen partij bij de akte van levering, omdat zij de akte van levering niet hebben ondertekend. In zoverre faalt grief I. Partijen gaan ervan uit dat de voorkeursgerechtigde(n) naar de strekking van dat recht het recht had(den) een prestatie van de kopers te vorderen. Het voorkeursrecht geeft S. en/of F. slechts een bevoegdheid tot het uitoefenen van het recht van koop. Indien en voor zover zij dit recht uitoefenen, heeft dit niet (zonder meer) tot gevolg dat zij partij worden bij de akte van levering, hetgeen het voorkeursrecht ook niet beoogde. Grief 1 faalt in zoverre. De rechtbank heeft onder 4.5 van het eindvonnis geoordeeld dat artikel 157 Rv niet van toepassing is en dat aan de akte van levering vrije bewijskracht toekomt. Artikel 157 lid 2, eerste volzin mist op grond van het voorgaande toepassing. Dit kan evenwel anders zijn, indien partijen vallen onder de reikwijdte van artikel 157 lid 2, tweede volzin. De inhoud en strekking van artikel 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer brengen mee dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij en haar rechtsverkrijgers, dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden (vgl. HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 75). In het licht van het voorgaande is het hof van oordeel dat de akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht waarin S. en F. bij name zijn genoemd, dwingend bewijs oplevert ten behoeve van S. en F.. Het voorkeursrecht is namelijk door de ondertekenaars van de akte van levering te hunnen behoeve opgenomen. Voor zover grief I aanvoert dat de akte van levering dwingend bewijs oplevert, slaagt de grief.
- 4.5** Nu de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd, gaat het hof bij wege van vermoeden uit dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen. Volgens die tekst komt het voorkeursrecht toe aan S. 'en/of zijn echtgenote' F.. Daarop past het hof het genaamde Haviltexcriterium (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635) toe: het gaat er om welke betekenis de verkopers en de kopers in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling in het contract mochten toekennen en op hetgeen zij op dat punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.
- 4.6** De term 'en/of' komt taalkundig bezien neer op een prestatie die ('en/') aan beiden als schuldeiser toekomt, maar welke ('/of') ieder van hen voor het geheel kan opvorderen. Het eerste, interne, element betekent dat het recht op de prestatie (het voorkeursrecht) in een bijzondere gemeenschap van F. en S. als schuldeisers valt, ongeacht het externe element van de vraag wie de prestatie voor het geheel kan opvorderen of uiteindelijk heeft opgevorderd van de kopers. Vooralsnog komt (de waarde van) het voorkeursrecht dan ook aan F. en S. in hun inteme verhouding toe voor gelijke delen. Dat is overigens in

overeenstemming met artikel 5, tweede alinea van hun huwelijkse voorwaarden (zie onder 3.1).

Op grond van artikel 151 lid 2 Rv staat tegen het dwingend bewijs van de akte tegenbewijs open en dit tegenbewijs mag volgens artikel 152 lid 1 Rv door alle middelen geleverd worden, tenzij de wet anders bepaalt. In het onderhavige geval betekent dit dat S. tegenbewijs mag leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. Grief I faalt, voor zover het betoogt dat niet relevant is welke intentie T. heeft gehad bij het voorkeursrecht. Dit kan wel degelijk een rol spelen bij voornoemd tegenbewijs. Het hof zal aan de hand van de verklaringen van T., S. en O., de (overige) stellingen van partijen en de in het geding gebrachte stukken, beoordelen of S. is geslaagd in dat tegenbewijs dan wel alsnog tot het leveren van dat bewijs zal worden toegelaten. De grieven II en III zijn gericht tegen de waardering van de rechtbank van voornoemde verklaringen.

4.7 Voor zowel de koopovereenkomst als voor de akte van levering geldt dat de daaruit voor partijen voortvloeiende verplichtingen, waaronder het voorkeursrecht, niet, zoals S. stelt, worden opgelegd, maar overeengekomen dienen te worden. Het voorkeursrecht impliceert naar zijn aard een last voor de kopers, in dit geval A. en G.. Daarvoor geldt in het bijzonder dat A. en G. die verplichting moeten aanvaarden. In zoverre is dus wel degelijk ook van belang wat beide partijen, zowel T. als A. en G., over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het enkele feit dat T. naar de stelling van S. het voorkeursrecht als voorwaarde heeft opgelegd aan A. en G., hetgeen wordt betwist, doet aan het voorgaande niet af. Ook een voorwaarde moet, zoals gezegd, worden overeengekomen, in tegenstelling tot hetgeen S. betoogt.

4.8 F. voert — kort samengevat — het volgende aan:

- (i) A. en G. wensten dat het voorkeursrecht ook aan F., hun nichtje, zou worden verleend. Het voorkeursrecht, zoals opgenomen in de akte van levering, wijkt daarom derhalve af van de koopovereenkomst;
- (ii) De inhoud van de akte van levering geeft de partijbedoeling weer;
- (iii) A. en G. hebben nooit de bedoeling gehad om het voorkeursrecht alleen aan S. te verlenen.

S. voert — kort samengevat — het volgende aan:

- (i) De bedoeling van T. is altijd geweest om enkel aan S. het voorkeursrecht te laten toekomen;
- (ii) Op initiatief van T. is het voorkeursrecht bedongen, zonder welk de koopovereenkomst geen doorgang zou vinden;
- (iii) A. en G. hadden niets in te brengen tegen het voorkeursrecht en waren op dit punt lijdelijk;
- (iv) Notaris O. heeft T. ervan overtuigd dat de bewoordingen van het voorkeursrecht in de akte van levering op dezelfde wijze moesten worden uitgelegd, althans dezelfde strekking hadden, als in de koopovereenkomst.

4.9 Ten aanzien van de waardering van de verklaringen afgelegd bij het voorlopig getuigenverhoor geldt hetgeen in artikel 192 Rv is opgenomen. Omdat beide partijen bij de verhoren aanwezig waren, hebben de getuigenverklaringen dezelfde bewijskracht als die

welke op de gewone wijze in een aanhangig geding zijn afgelegd. Op de verklaringen van S. is artikel 164 Rv van toepassing. Artikel 164 lid 2 Rv geldt daarentegen niet, aangezien S. tegenbewijs dient te leveren (vgl. HR 17 januari 2003, *NJ* 2003, 176). Voor zover F. betoogt dat artikel 164 lid 2 Rv wel van toepassing is, faalt dat.

- 4.10** De verklaring van T. (zie onder 3.2) komt er op neer dat hij het voorkeursrecht alleen ten behoeve van S. wenste te bedingen en niet ten behoeve van F.. Hij heeft zich, blijkens zijn verklaring en wat betreft de koopovereenkomst, door de notaris laten overtuigen dat F. als echtgenote moest worden genoemd. Hij verklaart voorts dat hij zich uiteindelijk met die formulering heeft kunnen verenigen, hetgeen S. bevestigt in diens verklaring.
- 4.11** Vervolgens verklaart T. (zie onder 3.2) dat hij toen hij de akte van levering (het hof begrijpt: de concept-akte) ontving en bemerkte dat in de bepaling omtrent het voorkeursrecht de formulering 'en/of' werd gebruikt hij contact heeft opgenomen met notaris O.. De notaris heeft hem vervolgens ervan overtuigd dat (de strekking van) de bepaling in de akte van levering dezelfde was als in de koopovereenkomst, aldus T.. O. heeft hierover anders verklaard. T. heeft, naar eigen zeggen, vervolgens geen verdere bezwaren geuit en de akte van levering ondertekend. De verklaring van T. wordt bevestigd door de verklaring van S.. De verklaringen van T. en S. worden op een aantal essentiële punten weersproken door O.. O. verklaart onder meer:
- 'Wel herinner ik mij dat het voorkeursrecht op verzoek van de heer en mevrouw A. en G. in de koopovereenkomst is opgenomen, omdat F. hun nicht was.
 - U leest mij de tekst voor van het voorkeursrecht van koop zoals dat is opgenomen in de ondertekende koopovereenkomst van 15 oktober 1996. Daaruit blijkt dat het voorkeursrecht word verleend aan de heer S. en bij zijn vooroverlijden aan zijn echtgenote mevrouw F. en niet aan de heer S. en zijn echtgenote tezamen. Deze redactie wijkt dus af van mijn aantekening van 27 september 1996 waarin ik heb vermeld dat het voorkeursrecht wordt verleend aan de heer S. en zijn echtgenote. Omdat het ondertekende exemplaar afwijkt van mijn aantekening, neem ik aan dat de redactie van het voorkeursrecht onderwerp is geweest van discussie.
 - Ik zie dat de tekst van het voorkeursrecht in de leveringsakte verschilt van de tekst zoals die is opgenomen in de koopakte. De tekst van het voorkeursrecht in de leveringsakte lijkt op mijn aantekening in mijn notitie van 27 september 1996 omdat daar is vermeld '+ echtgenote'. (...) Omdat het hier echter om een wijziging in de akte van levering gaat, moet de wijziging van de tekst met beide partijen, dus ook met de verkoper, zijn besproken voor het ondertekenen van deze akte.
 - Ik kan mij niet herinneren dat de heer T. met mij telefonisch contact heeft opgenomen over de redactie van het voorkeursrecht. Het verbaast mij ook dat hij, als verkoper, dat zou hebben gedaan omdat het voorkeursrecht de relatie van de koper betreft met een derde.
 - Als ik telefonisch met de heer T. heb gesproken over de tekst van het voorkeursrecht, dan kan ik mij voorstellen dat ik tegen hem heb gezegd hetgeen ik hiervoor heb verklaard. Ik kan mij niet voorstellen dat ik tegen hem gezegd zou hebben dat de strekking van beide teksten hetzelfde zou zijn, omdat de inhoud van die teksten duidelijk anders is.
 - Ik kan mij niet herinneren dat de heer en mevrouw T.-M. het niet eens waren met de tekst

zoals die is opgenomen in de leveringsakte.

- Ik blijf erbij dat de koper aan mij heeft verzocht het voorkeursrecht in de akte op te nemen.’

Voorshands ziet het hof geen aanleiding om aan de juistheid van de verklaring van O. te twijfelen. Gesteld noch is gebleken dat O. ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst of het passeren van de akte van levering in de hoedanigheid van partij-notaris van A. en G. optrad.

- 4.12** De bedoeling van T. laat bovendien onverlet dat ook relevant is wat de bedoeling van A. en G. is geweest en waarmee zij precies wensten in te stemmen. Daarover heeft O. verklaard. S. heeft voor zover van belang verklaard niet te weten of A. en G. met de notaris contact hebben opgenomen over het voorkeursrecht. In dit verband stelt F. dat de formulering van het voorkeursrecht in de koopovereenkomst geen recht deed aan de bedoeling van A. en G. en dat zij derhalve wilden dat in de akte van levering de formulering zou worden aangepast, zodat het voorkeursrecht ook aan F. zou toekomen. Daarover is contact opgenomen met in ieder geval O.. F. stelt voorts dat A. en G. anders niet akkoord zouden zijn gegaan met een voorkeursrecht. F. verwijst ook naar de verklaring van O.. Het voorgaande is door S. betwist, onder meer met een beroep op de verklaring van T..
- 4.13** Mocht het al zo zijn dat het voorkeursrecht in de akte van levering niet overeenstemt met de wil van T., dan geldt voorts nog het volgende. Nog onvoldoende is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de — gewijzigde — taalkundige inhoud van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte. Gesteld noch gebleken is dat T. jegens A. en G. bezwaren kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van de formulering van het voorkeursrecht in de akte van levering. Daarbij geldt dat men in het algemeen mag verwachten dat iemand die compareert bij het verlijden van de akte waarvan hij het concept heeft ontvangen en de akte, zonder bezwaren jegens zijn wederpartij te uiten, ondertekent, met de inhoud van de akte instemt.
- 4.14** Het hof is op grond van het voorgaande van oordeel dat S. nog niet is geslaagd in het onder 4.6 genoemde tegenbewijs. S. heeft bewijs aangeboden en zal worden toegelaten tot het bewijs van omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. F. zal vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om getuigen in contra-enquête op te roepen.
- 4.15** F. doet daarnaast een beroep op artikel 3:35 BW. Zij stelt dat zij mocht vertrouwen op de inhoud van het in de akte van levering geformuleerde voorkeursrecht. F. voert aan aanwezig te zijn geweest bij alle besprekingen. S. heeft het voorgaande weersproken en stelt dat zij slechts bij de ondertekening van de koopovereenkomst en akte van levering is geweest. F. is nauwelijks betrokken geweest bij de totstandkoming van de koopovereenkomst en de akte van levering, aldus S.. Dit punt kan bij de getuigenverhoren aan de orde komen. Het hof houdt een beslissing hierover aan tot na bewijislevering.
- 4.16** Het hof oordeelt voorts dat mocht het van oordeel zijn dat S. is geslaagd in het tegenbewijs, F. vervolgens dient te bewijzen dat het voorkeursrecht in de akte van levering wel degelijk overeenstemt met hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zij heeft uitdrukkelijk gesteld dat hetgeen in de akte van levering is opgenomen de bedoeling van A. en G. weergaf en dat T. met de inhoud daarvan instemde. Zij heeft ook uitdrukkelijk betwist dat het voorkeursrecht

alleen bedoeld was voor S., van welke stelling zij (ook) bewijs heeft aangeboden. Het hof zal F. toelaten te bewijzen dat het voorkeursrecht in de akte van levering weergeeft hetgeen partijen zijn overeengekomen. Om proceseconomische redenen zullen de enquêtes gelijktijdig plaatsvinden, omdat het hof aanneemt dat grotendeels dezelfde getuigen naar voren zullen worden gebracht.

- 4.17** Het betoog van S. dat het bewijsaanbod van F. tardief zou zijn, dan wel dat zij haar rechten tot het leveren van bewijs anderszins heeft verspeeld, omdat zij tijdens het voorlopig getuigenverhoor geen getuigen in contra-enquête heeft opgeroepen, verwerpt het hof. Geen rechtsregel verplichtte F. om tijdens het voorlopig getuigenverhoor getuigen in contra-enquête op te roepen. Vast staat dat F. in eerste aanleg uitdrukkelijk bewijs heeft aangeboden, maar dat de rechtbank niet aan bewijslevering is toegekomen. De rechtbank heeft haar bewijsaanbod niet gepasseerd. F. was derhalve niet verplicht op dit punt een grief op te werpen. Het hof ziet zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in op grond waarvan F., ondanks haar uitdrukkelijke bewijsaanbod, in hoger beroep niet meer mag worden toegelaten tot het leveren van bewijs. Dat zij haar rechten heeft verspeeld of daarvan afstand zou hebben gedaan, is het hof niet gebleken.
- 4.18** Aan al het voorgaande doet het echtscheidingsconvenant niet af. Tussen partijen staat vast dat zij geen van beiden bij het opstellen en aangaan van het convenant hebben gesproken over het voorkeursrecht. De door partijen aan elkaar verleende algehele en finale kwijting (zoals bepaald in het echtscheidingsconvenant) kunnen partijen redelijkerwijs niet tegen elkaar inroepen als het gaat om de destijds niet aan de orde gestelde vraag aan wie het voorkeursrecht toekomt. Temeer indien daarmee wordt beoogd te onderbouwen dat aldus het voorkeursrecht slechts aan een van beiden toekomt. Daarvoor biedt het echtscheidingsconvenant geen enkele aanwijzing. Ook kan daaruit niet worden afgeleid dat F. enig recht op het voorkeursrecht heeft prijsgegeven. Mocht dit al anders zijn, dan geldt dat evenzeer voor S..
- 4.19** Het hof is verder van oordeel dat de rechten ten aanzien van het voorkeursrecht in de sleutel van de huwelijksvoorwaarden moeten worden beoordeeld, in het bijzonder artikel 5. Het voorkeursrecht is ontstaan tijdens het huwelijk en behoort in beginsel aan beide voor de helft toe (zie hiervoor onder 4.6). Het feit dat F. in de bepaling als echtgenote wordt aangeduid en bij de uitoefening door S. van dat opeisbaar geworden recht al gescheiden was, doet niet af aan haar eventuele rechten. Het hof is van oordeel dat S. onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat slechts ingeval F. nog echtgenoot van S. was, zij haar (eventuele) rechten op een voorkeursrecht geldend kon maken. Het hof is van oordeel dat de term echtgenoot verwijst naar de hoedanigheid van F. ten tijde van het opmaken van het beding en niet afdoet aan het eventueel aan F. verleende recht.
- 4.20** S. stelt in dit verband nog dat het voorkeursrecht een zakelijk zekerheidsrecht is. Deze stelling wordt verworpen. Zakelijke zekerheidsrechten (in juridische zin) vinden hun grondslag in de wet. Het voorkeursrecht is geen zakelijk zekerheidsrecht dat verankerd is in de wet.
- 4.21** Het betoog van F. dat door het uitoefenen van het voorkeursrecht een overeenkomst tot stand is gekomen tussen (de erven van) A. en G. en F. en S., faalt. Gesteld noch gebleken is waaruit die overeenkomst zou bestaan. Bovendien gaat F. eraan voorbij dat door de uitoefening van het voorkeursrecht geenszins een koopovereenkomst tot stand komt ten

aanzien van de woning. Het voorkeursrecht geeft, zoals gezegd, slechts een bevoegdheid tot koop waarna partijen met elkaar over de koop in onderhandeling dienen te treden. Dit staat los van de vraag wie het voorkeursrecht heeft uitgeoefend.

- 4.22** S. voert onder 17 van zijn memorie van antwoord aan dat hetgeen onder het kopje 'feitenoverzicht/voorgeschiedenis' in de memorie van grieven is opgenomen, niet kan worden meegenomen in de beoordeling van de grieven, omdat F. niet aangeeft hoe die feiten in de grieven moeten worden betrokken. Dit betoog faalt. Uit de memorie van antwoord volgt voldoende duidelijk dat S. weet waartegen hij zich heeft te verweren, wat de reikwijdte van de grieven zijn en hoe de door F. gestelde feiten daarin passen.
- 4.23** Tot slot is niet van belang wie het voorkeursrecht heeft uitgeoefend. Het hof is voorhands van oordeel dat beiden aanspraak hebben gemaakt op het voorkeursrecht en dat het recht aan beiden toekomt. Dat S. uiteindelijk feitelijk het voorkeursrecht heeft geëffectueerd, is tussen partijen in zoverre niet relevant, omdat F. al haar rechten jegens S. heeft voorbehouden (zie onder 3.6 en 3.8). Zij heeft ook voldoende gemotiveerd gesteld dat zij enkel vanwege praktische overwegingen, wederom onder voorbehoud van alle rechten, ermee instemde dat de woning zou worden verkocht en geleverd aan S.. Het hof verwijst ook naar het oordeel onder 4.6. De uitoefening van het recht jegens derden (in dit geval de erven van A. en G.) regardeert in beginsel de interne verhouding tussen F. en S. niet.

Slotsom

- 4.24** Het hof laat S. tot het bewijs van omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen.
- 4.25** Het hof laat F. toe tot het bewijs van omstandigheden waaruit blijkt dat het voorkeursrecht in de akte van levering weergeeft hetgeen partijen zijn overeengekomen.
- 4.26** Het hof zal na afloop van de laatste contra-enquête een comparitie van partijen gelasten. Het hof wenst tijdens deze comparitie met partijen te overleggen over de wijze waarop de procedure zal worden voortgezet. Tevens zal de comparitie worden benut om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden.
- 4.27** Het hof houdt voor het overige iedere verdere beslissing aan.

Hof:

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

- 2.1** Bij voormeld tussenarrest heeft het hof overwogen dat de akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht waarin S. en F. bij name zijn genoemd, dwingend bewijs oplevert in de zin van artikel 151 lid 1 Rv ten behoeve van S. en F.. Vervolgens heeft het hof S. op de voet van artikel 151 lid 2 Rv toegelaten tegenbewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. De in de akte van 23 juni 2009 van S. voorgestelde wijziging van de volgorde van bewijsopdrachten stuit hier op af.

- 2.2** Binnen hetzelfde kader heeft het hof in tussenarrest overwogen dat (ook) van belang is wat beide partijen, zowel T. als A. en G., over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Teneinde de dwingende bewijskracht van de akte van levering met tegenbewijs te ontzenuwen is daarom niet voldoende de bedoeling van T. te bewijzen. Er zal ten minste een spoor van twijfel bij A. en G. aanwezig moeten zijn geweest ten aanzien van de betekenis en implicatie van het noemen van beide namen van F. en S. in combinatie met de bewoordingen 'en/of'. In het tussenarrest heeft het hof dit — in het kader van tegenbewijs wellicht iets te sterk — aldus geformuleerd dat moet blijken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de gewijzigde taalkundige inhoud van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte.
- 2.3** De door S. voorgebrachte getuigen zijn daarom ook expliciet gevraagd naar hun wetenschap over hetgeen A. en G. wisten, althans moesten vermoeden of betwijfelen. S. heeft op 16 september 2009 mr. van de Nesse, B. en mevrouw M. doen horen en op 14 januari 2010 zichzelf. In tegengetuigenverhoor heeft F. zichzelf en haar broer, doen horen.
- 2.4** Uit de eerder afgelegde verklaringen en de onderhavige getuigenverklaringen volgt dat T. de woning eerst aan S. (en F.) heeft aangeboden waarna A. en G. de woning hebben gekocht. Verder volgt uit alle verklaringen dat ten tijde van de levering de inhoud van de akte en daarmee de tekst van het voorkeursrecht, in het bijzonder 'en/of', niet is besproken.
- 2.5** Mr. van de Nesse heeft over zijn contacten met T. het volgende verklaard. Toen T. het concept van de leveringsakte kreeg toegestuurd met de zinsnede 'en/of' heeft T. zich door notaris O. laten overtuigen en de zinsnede is ongewijzigd gebleven, aldus Van de Nesse. Ten aanzien van A. en G. heeft mr. Van de Nesse alleen verklaard dat hij heeft gehoord dat zij niets met de tekst van het voorkeursrecht te maken hebben gehad maar dat hij niet weet of zij, zonder dat T. dit wist, contact hadden gehad met het notariskantoor. Over wat A. en G. naar aanleiding van de definitieve tekst van de leveringsakte wisten of moesten begrijpen/betwijfelen, heeft hij niets concreet verklaard.
- 2.6** Hetzelfde geldt voor de getuige B.. Deze heeft niets verklaard ten aanzien van A. en G. in relatie tot het voorkeursrecht. De getuige M. heeft verklaard het eens te zijn met alles wat haar man heeft verklaard maar dat alles wat daaromheen komt, haar niet bijblijft. Vanwege chemobehandelingen laat haar geheugen haar in de steek, aldus deze getuige. In zoverre kan aan haar verklaring maar beperkte bewijswaarde worden toegekend. Volgens haar is er bij de notaris niet gesproken over het voorkeursrecht en was A. het eens met wat was afgesproken. Op de vraag of A. en zijn vrouw wisten dat 'en/of' onjuist was, heeft zij geantwoord dat A. en G. dat nooit hebben gezegd en dat zij het ook niet weet.
- 2.7** Tot slot heeft S. verklaard dat hij bij zijn eerder afgelegde verklaringen blijft, die in het tussenarrest zijn besproken. Voorts heeft hij verklaard: 'U vraagt mij of ik andere feiten en omstandigheden weet waaruit ik kan afleiden dat ome A. en tante G. [A. en G., hof] wisten dat er weliswaar en/of stond, maar dat het voorkeursrecht toch alleen voor mij was. Aan de kant van mevrouw F. [appellante, hof] waren er acht kinderen in dat gezin. Als ome A. en tante G. een nichtje hadden willen bevoordelen, was niet zij, maar haar zus dat geweest. Ome A. en tante G. hadden een voorkeur voor haar en zij noemden haar, en voor haar

broer, die hierna als getuige zal optreden. Dat kwam omdat dit nichtje en deze neef naamgenoten waren van ome A. en tante G..'

- 2.8** Uit deze verklaring volgt evenmin dat A. en G. naar aanleiding van de definitieve tekst van de leveringsakte wisten of moesten begrijpen/betwifelen dat de bedoeling anders was dan uit de bewoordingen van de akte volgt. Dit klemmt temeer omdat S. eerder — tijdens het voorlopige getuigenverhoor op 18 april 2006 — heeft verklaard dat hij nimmer met A. en G. over het voorkeursrecht heeft gesproken en dat hij niet weet of zij met de notaris O. contact hebben gehad over de redactie van het voorkeursrecht. Dat er een zusje van F. is dat wellicht meer favoriet was dan F., brengt in elk geval niet mee dat A. en G., ondanks de bewoordingen van de akte, hebben begrepen, althans vermoed, dat hun nichtje, echtgenote van S., toch niet betrokken was in het voorkeursrecht.
- 2.9** Het tegenbewijs van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat er in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen, heeft S. op grond van het bovenstaande niet geleverd. Zo is in de getuigenverklaringen niet naar voren gekomen dat A. en G. op de hoogte zijn geweest van de discussie die T. met notaris O. heeft gevoerd over de redactie van het voorkeursrecht. Daar komt bij dat F. en haar broer tijdens het tegengetuigenverhoor hebben verklaard dat A. en G. de bedoeling hadden om S. en F. gelijke rechten ten aanzien van de woning te verschaffen (net als bij een en/of bankpasje). Volgens F. was haar oom het niet eens met de redactie van het voorkeursrecht in de koopovereenkomst. Daartoe hebben A. en G. contact opgenomen met de notaris, aldus F.. Dit onderdeel van de verklaring vindt steun in de getuigenverklaring in voorlopig getuigenverhoor van notaris O.. Deze heeft immers verklaard dat de koper (A. en G.) hem verzocht heeft het voorkeursrecht in de akte op te nemen. De door S. voorgebrachte getuigen hebben daaromtrent slechts verklaard dat zij niet weten of A. en G. voor de levering contact hebben opgenomen met de notaris.
- 2.10** Nu S. niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs, behoeft F. niet meer te bewijzen dat het voorkeursrecht in de akte van levering wel degelijk overeenstemt met hetgeen partijen zijn overeengekomen. Op grond van artikel 151 lid 1 Rv staat de inhoud van de akte immers nu vast. S. en F. zijn gelijk gerechtigd tot het voorkeursrecht. Hetgeen gevorderd is in hoger beroep, is voor toewijzing vatbaar.

Slotsom

- 2.11** In het tussenarrest is al geoordeeld dat grief I gedeeltelijk slaagt en gedeeltelijk faalt. De grieven II en III slagen voor zover in dit arrest is geoordeeld dat S. niet in het tegenbewijs is geslaagd en falen voor het overige. De vierde grief heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft dus geen beoordeling. Het bestreden vonnis dient te worden vernietigd en het in hoger beroep gevorderde zal worden toegewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal S. in de kosten van beide instanties worden veroordeeld. Wat de kosten van de eerste aanleg betreft, zoekt het hof aansluiting bij de begroting van deze kosten door de rechtbank waarbij de kosten voor het voorlopige getuigenverhoor (in totaal vier zittingen) voor F. op de helft worden gesteld.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het

Hof heeft geoordeeld als vermeld in de rov. 4.4 t/m 4.7, 4.12 t/m 4.15 en 4.19 van het arrest van 28 april 2009 (hierna: het tussenarrest) en de rov. 2.2 en 2.9 van het arrest van 30 maart 2010 (hierna: het eindarrest), zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

- 1 In rov. 4.4 van het tussenarrest van 28 april 2009 (hierna: het tussenarrest) heeft het Hof overwogen dat de inhoud en de strekking van artikel 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer meebrengen dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij en haar rechtsverkrijgers, dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden, aldus het Hof, onder verwijzing naar HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 75. Vervolgens heeft het Hof (in dezelfde rechtsoverweging) overwogen dat in casu de akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht waarin S. en F. bij name zijn genoemd, dwingend bewijs oplevert ten behoeve van S. en F.. Het voorkeursrecht is namelijk door de ondertekenaars van de akte van levering te hunnen behoeve opgenomen, aldus het Hof. In rov. 4.5 en 4.6 gaat het Hof dan in op de uitleg die aan het voorkeursrecht, zoals dat is geformuleerd in de akte van levering, moet worden gegeven. Daarna overweegt het Hof (rov. 4.6, tweede helft) dat op grond van artikel 151 lid 2 Rv tegen het dwingend bewijs van de akte tegenbewijs openstaat, hetgeen — aldus het Hof — in het onderhavige geval betekent dat S. tegenbewijs mag leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen.
- 1.1 's Hofs overweging dat de inhoud en de strekking van artikel 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer meebrengen dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij en haar rechtsverkrijgenden, en dat onder de rechtsverkrijgenden (mede) wordt begrepen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden, is in beginsel juist. De daarop volgende overweging dat in casu de akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht waarin S. en F. bij name zijn genoemd, dwingend bewijs kan opleveren ten behoeve van S. en F., is eveneens in beginsel juist. Echter, voor zover voornoemde overwegingen van het Hof aldus moeten worden begrepen dat het Hof heeft geoordeeld dat de onderhavige akte van levering dwingend bewijs tussen de partijen F. en S. onderling — meer in het bijzonder: ten behoeve van F. tegenover S. — kan opleveren, getuigt zulks van een onjuiste rechtsopvatting. Een dergelijke benadering strookt niet met de ratio van de dwingende bewijskracht van artikel 157 lid 2 Rv en is evenmin in overeenstemming met de uitspraak van Uw Raad van 5 december 2003, *NJ* 2004, 75. De ratio van de dwingende bewijskracht van artikel 157 lid 2 Rv is immers gelegen in de gedachte van de 'preuve préconstituée': de partijen die de akte hebben ondertekend, hebben verklaringen afgelegd met het doel zich jegens elkaar — en jegens elkaars rechtsverkrijgenden — aangaande hun rechtsbetrekking vast te leggen. Dit geldt voor T. en A. en G.. Zij hebben zich aan de inhoud van de akte gecommitteerd, jegens elkaar (en elkaars rechtsverkrijgenden) en jegens S. en F., die in de akte met name worden genoemd. Dit betekent dat *tegen* (de rechtsverkrijgenden van) T. en A. en G. en *door* (de rechtsverkrijgenden van) T. en A. en G. een beroep kan worden gedaan op de dwingende bewijskracht van de akte, zowel in hun onderlinge rechtsverhouding als in hun rechtsverhouding tot (de rechtsverkrijgenden van) S. en/of F.. S. en F. hebben de akte echter niet ondertekend en hebben zich derhalve geen van beide gecommitteerd (in de zin van 'preuve préconstituée'). In hun onderlinge verhouding komt aan de (inhoud van de) akte dan ook geen

dwingende bewijskracht toe, maar heeft de akte slechts vrije bewijskracht.

- 2 In rov. 4.5 van het tussenarrest heeft het Hof overwogen dat het Hof er bij wege van vermoeden van uitgaat dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen, aangezien de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd.
- 2.1 Voor zover deze overweging aldus moet worden begrepen dat het Hof een (bewijs)vermoeden hanteert, in die zin dat het Hof voorshands aannemelijk acht dat hetgeen is neergelegd in de akte de werkelijke partijbedoeling weergeeft, strookt dit niet met de eerdere overweging in rov. 4.4 dat aan de akte van levering dwingende bewijskracht toekomt. In geval van dwingende bewijskracht dient het Hof de inhoud van de akte immers — behoudens tegenbewijs — voor waar aan te nemen, zodat voor het hanteren van een bewijsvermoeden oftewel rechterlijk of feitelijk vermoeden geen plaats (en ook geen aanleiding) meer bestaat.
- 2.2 Voor zover genoemde overweging aldus moet worden begrepen dat het Hof bij wege van feitelijk vermoeden heeft aangenomen dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen — en niet de bewoordingen van de koopovereenkomst — overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen, is dit oordeel, mede in het licht van het gevoerde partijdebat, onbegrijpelijk. S. heeft immers meerdere malen gemotiveerd gesteld — welke stellingen zijn onderbouwd met getuigenverklaringen — dat en waarom de bewoordingen van de akte van levering *niet* overeenstemmen met de bedoelingen c.q. laatst bekende wil van partijen, althans niet met de bedoelingen c.q. de wil van T. (zie onder meer conclusie van antwoord § 4, 6, 13; proces-verbaal rechtbank Utrecht 18 september 2007, pag. 3, punt 3; memorie van antwoord 6–8, 10–11, 42, 44). Aan deze stellingen van S. kon het Hof niet voorbijgaan met de enkele motivering dat de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd.
- 2.3 Dit geldt temeer nu 's Hofs vaststelling dat volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Voor zover het Hof heeft bedoeld dat dit overleg (al dan niet met tussenkomst van de notaris) tussen partijen heeft plaatsgevonden, volgt zulks niet uit de stukken. Zijdens S. is immers gesteld — onderbouwd met verklaringen uit het voorlopig getuigenverhoor van T. en S. — dat T. naar aanleiding van de (gewijzigde) formulering van het voorkeursrecht van koop in de akte van levering, slechts contact heeft opgenomen met de notaris en dat daarover niet is gesproken met A. en G. (zie onder meer proces-verbaal rechtbank Utrecht 18 september 2007, pag. 3, punt 3; memorie van antwoord § 8, 10–11). Dit is door F. bevestigd bij memorie van grieven, §§ 12–13, waarin F. er op wijst dat T. naar aanleiding van de in de akte van levering opgenomen 'en/of-clausule' geen contact heeft opgenomen met A. en G.. Tegen deze achtergrond is onbegrijpelijk dat het Hof heeft kunnen aannemen dat tussen partijen over de gewijzigde formulering van het voorkeursrecht overleg zou hebben plaatsgevonden. Voor zover 's Hofs overweging aldus moet worden begrepen dat het enkele overleg van één der partijen met de notaris voldoende is om aan te nemen dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen, is zulks eveneens onbegrijpelijk, nu voor het aannemen van een gewijzigde partijbedoeling van belang is dat deze bedoeling tussen partijen over en weer kenbaar was.
- 3 In rov. 4.5 heeft het Hof overwogen dat volgens de tekst van de akte van levering het voorkeursrecht toekomt aan S. 'en/of zijn echtgenote' F.. Vervolgens overweegt het Hof dat het

daarop het Haviltexcriterium toepast: 'het gaat er om welke betekenis de verkopers en de kopers in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling in het contract mochten toekennen en op hetgeen zij op dit punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten', aldus het Hof. In rov. 4.6 overweegt het Hof dan dat de term 'en/of' taalkundig bezien neerkomt op een prestatie die ('en/') aan beiden als schuldeiser toekomt, maar welke ('/of') ieder van hen voor het geheel kan opvorderen. Het eerste, interne element betekent, aldus het Hof, dat het recht op de prestatie (het voorkeursrecht) in een bijzondere gemeenschap van F. en S. als schuldeisers valt, ongeacht het externe element van de vraag wie de prestatie voor het geheel kan opvorderen of uiteindelijk heeft opgevorderd van de kopers. Het Hof verbindt hieraan de vaststelling dat (de waarde van) het voorkeursrecht vooralsnog dan ook in hun interne verhouding voor gelijke delen aan F. en S. toekomt. Daarna gaat het Hof in rov. 4.7 over op het door S. te leveren tegenbewijs tegen het dwingend bewijs van de akte.

- 3.1** Met vorenstaande overwegingen heeft het Hof weliswaar de juiste maatstaf (het Haviltex-criterium) genoemd, maar het Hof heeft deze maatstaf vervolgens niet, althans niet juist, toegepast, nu het Hof op grond van de enkele (zuiver) taalkundige betekenis van de bewoordingen van de akte de vaststelling heeft verbonden dat (de waarde van) het voorkeursrecht vooralsnog in hun interne verhouding voor gelijke delen aan F. en S. toekomt. Als algemene grondslag bij de uitleg van schriftelijke contracten geldt immers dat telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen (HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 293, rov. 4.5). Daarbij heeft Uw Raad overwogen dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld, hoewel deze taalkundige betekenis (kort gezegd) vaak wel van groot belang zal zijn (HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 293, rov. 4.5). In de omstandigheden van dit geval is een zuiver objectieve (taalkundige) benadering niet aangewezen, maar komt tevens betekenis toe aan — kort gezegd — de bedoelingen van partijen. Er is immers geen sprake van de omstandigheden die vergelijkbaar zijn met de omstandigheden zoals genoemd in HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 293, rov. 4.3 (DSM/Fox), in die zin dat sprake zou zijn van een overeenkomst die naar haar aard is bestemd de rechtspositie van een (grote groep) derden op uniforme wijze te regelen, die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen. Evenmin is sprake van een gecompliceerd commercieel contract tussen professionele partijen (vgl. HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 575 en HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576). Daar het onderhavige voorkeursrecht slechts een persoonlijk recht betreft en geen goederenrechtelijke werking heeft, bieden de redenen die ten grondslag liggen aan de objectieve uitleg van de akte van levering van registergoederen (vgl. HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350) evenmin aanknopingspunten voor een objectieve uitleg van deze specifieke clausule uit de akte van levering. Ten slotte geeft ook de enkele omstandigheid dat de akte een derdenbeding bevat, geen aanleiding geeft tot afwijking van de Haviltex-maatstaf, althans niet in die mate dat een louter taalkundige uitleg op zijn plaats zou zijn. Door de uitleg van het voorkeursrecht in de akte uitsluitend te baseren op een taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract, heeft het Hof derhalve een onjuiste maatstaf aangelegd, zodat 's Hofs oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.
- 3.2** Voor zover zou moeten worden aangenomen dat het Hof wel de juiste maatstaf heeft aangelegd en 's Hofs oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, geldt dat dit oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. In het licht van het vorenstaande (sub 3.1), mede

tegen de achtergrond van de expliciete overwegingen van Uw Raad dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld (HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 293, rov. 4.5), had het Hof, waar het in casu de akte wel uitlegt op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen, nader moeten motiveren waarom het deze methode in de omstandigheden van dit geval toch aangewezen achtte. Nu het Hof hierop in het geheel niet is ingegaan, is 's Hofs oordeel — althans voor S. — onbegrijpelijk.

3.3 Voor zover 's Hofs arrest aldus begrepen moet worden, dat de rovv. 4.7 tot en met 4.14 — waarin de stellingen van S. en F. met betrekking tot de bedoelingen van de partijen bij de akte wel door het Hof worden behandeld — mede zien op de uitleg van de akte, is dit oordeel rechtens onjuist en zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De uitleg van de akte betreft immers een geheel andere vraag dan de kwestie rond het te leveren tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van die akte. Dat het twee verschillende vragen betreft, blijkt reeds uit het enkele feit dat de uitleg van de akte voorafgaat aan de vraag waarop het te leveren tegenbewijs zou moeten zien. Voorts blijkt ook uit 's Hofs arrest niet, althans niet zonder meer, dat het Hof heeft bedoeld de rovv. 4.7 t/m 4.14 te betrekken bij de uitleg van de akte. Het Hof heeft immers achtereenvolgens uitdrukkelijk overwogen dat

- (i) de akte van levering dwingend bewijs oplevert (rov. 4.4);
- (ii) dat (de bewoordingen van) deze akte aldus moet(en) worden begrepen dat (de waarde van) het voorkeursrecht vooralsnog aan beide partijen voor gelijke delen toekomt (rov. 4.6); en
- (iii) dat voor S. tegenbewijs openstaat tegen het dwingende bewijs van de akte (en daarmee de uitleg die het Hof aan de bewoordingen van het voorkeursrecht heeft gegeven) (rov. 4.7). Tegen deze achtergrond valt niet, althans niet zonder nadere motivering, in te zien op welke wijze hetgeen in verband met het te leveren tegenbewijs is overwogen (in rov. 4.7 tot en met 4.14) verband kan houden met de door het Hof gehanteerde uitleg van de akte.

4 In de rovv. 4.6 (pag. 8, laatste zin) en 4.19 van het tussenarrest betreft het Hof artikel 5 van de huwelijkse voorwaarden in zijn overwegingen. In rov. 4.19 heeft het Hof overwogen dat de rechten ten aanzien van het voorkeursrecht in de sleutel van de huwelijkse voorwaarden — in het bijzonder artikel 5 — moeten worden beoordeeld. Het Hof overweegt in dat verband dat het voorkeursrecht is ontstaan tijdens het huwelijk en in beginsel aan beide partijen voor de helft toebehoort. In rov. 4.6, pagina 8, onderaan heeft het Hof aan de door hem aan het voorkeursrecht gegeven uitleg toegevoegd: 'Dat is overigens in overeenstemming met artikel 5, tweede alinea van de huwelijkse voorwaarden (zie onder 3.1).'

4.1 Voor zover het Hof met de overweging in rov. 4.19 heeft bedoeld dat het voorkeursrecht (reeds) vanwege de omstandigheid dat het tijdens het huwelijk is ontstaan, in beginsel aan beide partijen voor de helft toekomt, is dit oordeel onbegrijpelijk. Partijen waren immers met uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwd, terwijl uit artikel 5, tweede alinea, van de huwelijkse voorwaarden volgt dat een goed (eerst dan) wordt geacht aan ieder der echtgenoten voor de helft toe te behoren, indien tussen de echtgenoten een geschil bestaat aan wie van hen het desbetreffende goed toebehoort en geen van beiden zijn recht daarop kan bewijzen. De vraag of een der partijen zijn recht op het voorkeursrecht kan bewijzen is echter juist het onderwerp van het geschil dat ter beoordeling aan het Hof is voorgelegd. Dat geen der partijen zijn recht op het voorkeursrecht kan bewijzen stond (en staat) derhalve nog niet vast, zodat artikel 5 niet van toepassing is. Zonder nadere motivering, die

ontbreekt, is 's Hofs oordeel op voornoemde gronden dan ook onbegrijpelijk. Voor zover het Hof in rov. 4.6 (pagina 8, laatste zin) met de verwijzing naar artikel 5, tweede alinea, van de huwelijkse voorwaarden heeft bedoeld dat deze bepaling uit de huwelijkse voorwaarden een nadere ondersteuning vormt voor zijn (voorlopig) oordeel dat (de waarde van) het voorkeursrecht aan F. en S. in hun interne verhouding in gelijke delen toekomt, is zulks op grond van het vorenstaande eveneens onbegrijpelijk.

- 5 In rov. 4.6 heeft het Hof overwogen dat op grond van artikel 151 lid 2 Rv tegen het dwingend bewijs van de akte tegenbewijs openstaat, welk tegenbewijs op grond van artikel 152 lid 1 Rv door alle middelen geleverd kan worden, tenzij de wet anders bepaalt. In het onderhavige geval betekent dit, aldus het Hof, dat S. tegenbewijs mag leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. In rov. 4.7 overweegt het Hof dat in dat verband van belang is wat beide partijen (zowel T. als A. en G.), kort gezegd, over en weer hebben verklaard, uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In de rov. 4.8 tot en met 4.12 onderzoekt het Hof dan aan de hand van de verklaringen van T., S. en O., de (overige) stellingen van partijen en de in het geding gebrachte stukken of S. is geslaagd in dat tegenbewijs, dan wel alsof hij alsnog tot het leveren van dat bewijs zal worden toegelaten. In rov. 4.13 komt het Hof vervolgens tot het oordeel dat nog onvoldoende is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de — gewijzigde — taalkundige inhoud van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte. Op grond daarvan acht het Hof S. nog niet geslaagd in het tegenbewijs, zodat S. wordt toegelaten tot het bewijs van omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. In rov. 2.9 van het eindarrest heeft het Hof vervolgens overwogen dat S. het hem opgedragen tegenbewijs niet heeft geleverd.
- 5.1 Met vorenstaand oordeel heeft het Hof uit het oog verloren dat voor het slagen van tegenbewijs voldoende is dat het bewijs waartegen tegenbewijs is opengesteld (in dit geval het middels de akte geleverde bewijs), wordt ontzenuwd. In dit verband is voldoende dat duidelijke aanwijzingen bestaan dat de tekst van de akte op het punt van het voorkeursrecht de tussen partijen gesloten overeenkomst niet juist weergeeft (vgl. HR 16 maart 2007, *NJ* 2007, 305). Door (in rov. 4.13) voor het slagen van het tegenbewijs te overwegen dat onvoldoende is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de — gewijzigde — taalkundige inhoud van het voorkeursrecht op een misverstand berustte, en daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat S. nog niet is geslaagd in het tegenbewijs, heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk, nu het Hof niet, althans onvoldoende motiveert waarom het in dit geval voor het ontzenuwen van het in de akte vervatte bewijs kennelijk onvoldoende acht dat duidelijke aanwijzingen bestaan dat de tekst van de akte niet overeenstemde met de bedoeling van T. en dat mede vereist is dat is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de bewoordingen van de akte op een misverstand berustte.
- 6 In rov. 4.15 overweegt het Hof dat F. een beroep heeft gedaan op art. 3:35 BW. Het Hof overweegt in dat verband dat de vraag of F. aanwezig is geweest bij alle besprekingen — hetgeen door F. is gesteld en door S. is betwist — bij de getuigenverhoren aan de orde kan komen en dat het Hof heeft een beslissing daarover aanhoudt tot na bewijslevering. Voor zover deze overwegingen van het Hof aldus moeten worden begrepen dat S. in deze kwestie de bewijslast draagt, of wordt

toegelaten tot tegenbewijs, getuigt zulks van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het Hof heeft bedoeld dat het — bij de getuigenverhoren — zelf zal onderzoeken of F. bij alle besprekingen aanwezig is geweest, getuigt zulks eveneens van een onjuiste rechtsopvatting. Het is immers F. die de bewijslast draagt van haar stelling dat zij bij alle besprekingen aanwezig is geweest. Voor zover het Hof met voornoemde overwegingen heeft bedoeld dat F. werd toegelaten tot het leveren van dat bewijs, is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof daartoe had moeten onderzoeken of F. haar stellingen dienaangaande voldoende heeft gemotiveerd. In ieder geval had het op de weg van het Hof gelegen zijn bedoelingen duidelijker te formuleren, aangezien in de huidige overwegingen onduidelijk is wat 's Hof's oordeel over de bewijslastverdeling is.

- 7 Met het slagen van de voorgaande klachten, ontvalt tevens de grond aan het dictum van het tussenarrest van 28 april 2009, alsmede aan de overwegingen en het dictum van het eindarrest van 30 maart 2010.

Conclusie

Conclusie A-G prof.mr. M.H. Wissink:

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals die door de rechtbank Utrecht in haar eindvonnis van 28 november 2007 in rov. 2.1 t/m 2.9 zijn vastgesteld, aangevuld met hetgeen het hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, heeft vastgesteld in rov. 3.1 t/m 3.8 van zijn tussenarrest van 28 april 2009. Deze feiten worden hieronder in een overzicht gepresenteerd.[\[1\]](#)
- 1.2 Partijen zijn op 8 juli 1977 onder huwelijkse voorwaarden gehuwd. Hun huwelijk is ontbonden op 21 maart 2003 door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Partijen hebben de gevolgen van hun echtscheiding geregeld middels een in december 2002 gesloten echtscheidingsconvenant. Partijen hebben in dit convenant elkaar over en weer finale kwijting verleend.
- 1.3 In de huwelijkse voorwaarden was onder meer opgenomen:
- ‘(...) Bestaat tussen de echtgenoten een geschil aan wie van beiden enig goed toebehoort en kan geen van beiden zijn recht daarop bewijzen dan wordt het geacht aan ieder van de echtgenoten voor de helft toe te behoren. (...)’
- 1.4 Op 15 oktober 1996 heeft T. aan A. en G. (hierna tezamen: A. en G.) verkocht het woonhuis aan de a-sstraat 1 te plaats met garage, erf, tuin en het onverdeeld aandeel in een brug, kadastraal bekend gemeente Schalkwijk sectie X. nummers 001 en 002, (hierna: de woning) voor een bedrag van f 600.000 (€ 272.268,13).
- 1.5 In de koopovereenkomst van 15 oktober 1996 is voor zover van belang het volgende opgenomen:

‘Voorkeursrecht van koop

Artikel 17

Verkoper en koper zijn overeengekomen dat koper bij het metterwoon verlaten van het verkochte dit te koop aanbiedt aan S., wonende b-straat 1 te plaats en bij vooroverlijden zijn echtgenote, F., voor een waarde gelijk aan de waarde in het economisch verkeer, met dien verstand dat de waarde nimmer hoger zal zijn dan f600.000.'

- 1.6 De akte tot levering van de woning is op 25 maart 1997 gepasseerd. Deze akte is ondertekend door T. en zijn echtgenote M., als verkopers en door A. en G. als kopers. In deze akte is voor zover van belang het volgende opgenomen:

'Voorkeursrecht van koop

Koper verleent bij het metterwoon verlaten van het verkochte het voorkeursrecht van koop aan:

S., geboren in negentienhonderd-achtenveertig en/of zijn echtgenote F., geboren in negentienhonderdzevenenvijftig, beiden wonende b-straat 1 te plaats, voor een waarde gelijke aan de waarde in het economische verkeer, met dien verstande dat deze waarde nimmer hoger zal zijn dan zeshonderdduizend gulden (f 600.000). De waarde in het economisch verkeer zal in onderling overleg dienen te worden vastgelegd of, bij ontbreke aan overeenstemming daaromtrent, door een door de Kantonrechter te Utrecht aan te wijzen waardedeskundige.'

- 1.7 Op 19 maart 2005 is G., die toen nog in de woning woonde, overleden. A. was reeds eerder overleden. betrokkene 6 en betrokkene 7 zijn executeurs-testamentair van de nalatenschap van A. en G. (hierna: de executeurs).
- 1.8 Bij vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Utrecht van 9 augustus 2005 is — kort gezegd — de vordering van S. de executeurs te veroordelen over te gaan tot de verkoop en levering van de woning aan hem tegen een bedrag van € 272.339,80, afgewezen. Voorts is de vordering van F. als tussenkomende partij om de executeurs te veroordelen aan de overdracht en levering van de woning aan haar mee te werken eveneens afgewezen.
- 1.9 Bij beschikking van de rechtbank Utrecht van 26 oktober 2005 is op verzoek van S. een voorlopig getuigenverhoor gelast. De executeurs en F. waren verweerders in deze procedure. Op 24 januari 2006, 18 april 2006, 20 april 2006 en 18 augustus 2006 zijn er door de rechter-commissaris in de rechtbank Utrecht in het kader van voornoemd verhoor respectievelijk T., S., notaris O. en nogmaals S. als getuigen gehoord.^[2]
- 1.10 Tijdens het voorlopig getuigenverhoor heeft T. op 24 januari 2006 als getuige onder meer verklaard:

'(...) Ik ken de familie van S. zakelijk. (...) Ik ken S. dus al ongeveer vanaf zijn geboorte. (...) U toont mij de notariële verklaring van mij en mijn echtgenote van 15 juli 2005 die bij het verzoekschrift is gevoegd. Deze verklaring is opgesteld door notaris betrokkene 8 te plaats. Ik blijf bij de inhoud van deze verklaring. (...) Wij hebben de woning verkocht aan een oom van de toenmalige echtgenote van S. en diens echtgenote. (...) Voordat de verkoop aan 'A.' en zijn echtgenote tot stand kwam, heb ik met S. gesproken over de verkoop van de woning aan hem. (...) Ik heb S. daarom de woning aan hem te koop aangeboden. (...) Uiteindelijk heb ik de mogelijkheid van het voorkeursrecht bij de koop bedacht (...) Het was mijn bedoeling dat alleen S. het voorkeursrecht zou hebben en verder niemand anders. O., de kandidaat-notaris die de concept-koopaktes heeft opgesteld heeft mij toen gezegd dat ook de echtgenote van S. bij het voorkeursrecht betrokken moest worden. Hij heeft toen de

formulering gemaakt zoals die is opgenomen in het uiteindelijke koopcontract dat wij hebben ondertekend. Met die formulering konden wij ons wel verenigen. Ik ben echter geen deskundige op juridisch gebied. (...) Toen ik voor de overdracht van de woning de akte van overdracht ontving, bleek daar een andere formulering te zijn opgenomen dan in de koopakte was vermeld. Mijn bedoeling was dat alleen S. het voorkeursrecht zou hebben en niemand anders. In de akte van overdracht bleek nu de formulering 'en/of' te zijn opgenomen. Ik heb toen telefonisch contact opgenomen met O. en heb hem gezegd dat de inhoud van deze bepaling niet de bedoeling was. O. heeft mij er toen van weten te overtuigen dat deze redactie juist was. (...) O. heeft tegen mij gezegd dat het verschil in redactie van het voorkeursrecht geen verschil uitmaakte: volgens hem kwam het op hetzelfde neer. Ik heb daarom verder geen bezwaar meer gemaakt en de leveringsakte met de tekst van het voorkeursrecht zoals dat luidde, ondertekend. (...) In een eerder concept van de koopovereenkomst had O. ook al in de redactie van het voorkeursrecht 'en/of' opgenomen. Ik heb hem toen opgebeld en gezegd dat dat niet juist was. Hij heeft toen de redactie veranderd in het voorkeursrecht voor S. en bij zijn vooroverlijden zijn echtgenote. Daarmee ben ik uiteindelijk akkoord gegaan. Ik dacht dat deze redactie overeenkwam met mijn bedoeling dat alleen S. het voorkeursrecht zou hebben en verder niemand anders. Naar ik dacht zou in geval van zijn overlijden, de woning ook in dat geval waarschijnlijk door zijn echtgenote geërfd worden. Ik beschik nog steeds over alle concepten die van de koopakten bestaan. Van de koopakte bestaan twee concepten, van de akte van overdracht één concept. Ook over laatstgenoemde concept-akte beschik ik nog. (...) Ik heb destijds de akte van overdracht met de clausule 'en/of' in het voorkeursrecht getekend, omdat de notaris mij had overtuigd dat deze clausule hetzelfde was als de clausule in de ondertekende koopakte. (...) Noch 'A.', noch zijn echtgenote hebben ooit de wens geuit dat F. ook genoemd zou worden. (...) Ik heb met O. diverse telefonische contacten gehad over de concept-koopakten. Naar ik denk moet dat wel meer dan twee keer zijn geweest. (...) 'A.' en zijn echtgenote hebben nooit tegen mij gezegd dat zij graag hun nicht F. bij het voorkeursrecht betrokken wilde hebben. (...) Naar ik mij nu herinner, zijn ik en mijn echtgenote in verband met de verklaring van 15 juli 2005 twee keer bij de notaris geweest. De eerste keer was naast mijn echtgenote betrokkene 11 aanwezig. Of S. ook daarbij aanwezig was kan ik niet met zekerheid zeggen. Wel weet ik dat hij ons met zijn auto bij de notaris heeft gebracht. (...) Nadien zijn wij bij de notaris deze akte gaan ondertekenen. Ik weet niet of S. daarbij toen ook aanwezig was. Wel heeft hij ons ook die keer naar de notaris gereden. (...) Kandidaat-notaris O. heeft nooit tegen mij gezegd dat 'A.' en zijn echtgenote zouden willen dat het voorkeursrecht ook aan hun nicht F. zou toekomen. (...) Ik heb nog steeds zakelijk contact met S. Als ik een stukje ijzer nodig heb dan ga ik naar zijn werkplaats. (...)

1.11 Tijdens het voorlopig getuigenverhoor heeft O. op 20 april 2006 als getuige onder meer verklaard:

'(...) Ik ben bij deze zaak betrokken uit hoofde van mijn functie destijds van kandidaat-notaris op het kantoor van betrokkene 12. (...) Voor deze koop kende ik noch T. en M. noch A. en G. noch S. en F. Wel herinner ik mij dat het voorkeursrecht op verzoek van A. en G. in de koopovereenkomst is opgenomen, omdat F. hun nicht was. (...) T. en M. hadden geen belang bij dit voorkeursrecht, vermoed ik. Ik zie dat in mijn handgeschreven notitie van 27 september 1996 de naam van S. met zijn voorletters is opgenomen met daarachter gevoegd

‘+ echtgenote’. Of daaraan waarde kan worden gehecht weet ik niet. (...) Ik kan mij niet meer herinneren of er van de koopovereenkomst verschillende concepten zijn opgemaakt. Ik kan mij ook niet meer herinneren of er discussie is geweest over de redactie van het voorkeursrecht. Indien er schriftelijk opmerkingen zijn gemaakt over de redactie, dan moeten die stukken zich nog in het dossier bevinden. (...) Het kan zijn dat eerdere concepten zich nog in het dossier bevinden, het kan ook zijn dat het dossier op een gegeven moment is geschoond en daarbij de concepten zijn verwijderd. Als er heel relevante dingen worden gewijzigd, dan mag ik men ervan uit gaan dat die in het dossier blijven. (...) Indien bij het passeren van de leveringsakte nog wijzigingen plaatsvinden, dan wordt er uiteraard geen nieuw concept meer toegezonden. Dan wordt er ter plaatse een nieuw exemplaar gemaakt dat wordt ondertekend. Het hangt af van de persoon van de notaris die de akte passeert wat hij vervolgens doet met het oude exemplaar. (...) U leest mij de tekst voor van het voorkeursrecht van koop zoals dat is opgenomen in de ondertekende koopovereenkomst van 15 oktober 1996. Daaruit blijkt dat het voorkeursrecht word verleend aan S. en bij zijn vooroverlijden aan zijn echtgenote F. en niet aan S. en zijn echtgenote tezamen. Deze redactie wijkt dus af van mijn aantekening van 27 september 1996 waarin ik heb vermeld dat het voorkeursrecht wordt verleend aan S. en zijn echtgenote. Omdat het ondertekende exemplaar afwijkt van mijn aantekening, neem ik aan dat de redactie van het voorkeursrecht onderwerp is geweest van discussie. (...) Ik neem aan dat over de tekst zoals opgenomen in de koopovereenkomst tussen partijen overeenstemming is bereikt. Anders zouden zij deze overeenkomst niet hebben getekend. Het kan echter ook zo zijn dat partijen hebben ondertekend zonder dat zij de tekst precies hebben begrepen. Dit komt echter heel weinig voor. (...) Ik zie dat de tekst van het voorkeursrecht in de leveringsakte verschilt van de tekst zoals die is opgenomen in de koopakte. De tekst van het voorkeursrecht in de leveringsakte lijkt op mijn aantekening in mijn notitie van 27 september 1996 omdat daar is vermeld ‘+ echtgenote’. Het voorkeursrecht heeft in dit geval betrekking op de verhouding tussen de koper en een derde, gezien de familierechtelijke verhouding tussen beiden, en naar ik vermoed, niet de verhouding tussen verkoper en koper. Er is mij geen relatie bekend tussen T. en S. en F. In een dergelijk geval raakt een wijziging van de tekst de verkoper niet. Omdat het hier echter om een wijziging in de akte van levering gaat, moet de wijziging van de tekst met beide partijen, dus ook met de verkoper, zijn besproken voor het ondertekenen van deze akte. (...) Ik weet niet wanneer de wijziging tot stand is gekomen, niet of dat voor het passeren is geweest noch of dat tijdens het passeren is geweest (...) Ik kan mij niet herinneren dat T. met mij telefonisch contact heeft opgenomen over de redactie van het voorkeursrecht. Het verbaast mij ook dat hij, als verkoper, dat zou hebben gedaan omdat het voorkeursrecht de relatie van de koper betreft met een derde. Het was de bedoeling van de koper om het voorkeursrecht aan S. en F. te verlenen. Daar ben ik steeds vanuit gegaan wegens de familierechtelijke relatie. Het kan wel zo zijn dat ik daarom tegen T. heb gezegd: ‘waar maakt u zich druk over?’ gezien het feit dat het een relatie betreft tussen de koper en de derde. Ik treed niet in de bedoeling van partijen. Als ik telefonisch met T. heb gesproken over de tekst van het voorkeursrecht dan kan ik mij voorstellen dat ik tegen hem heb gezegd hetgeen ik hiervoor heb verklaard. Ik kan mij niet voorstellen dat ik tegen hem gezegd zou hebben dat de strekking van beide teksten hetzelfde zou zijn, omdat de inhoud van die teksten duidelijk anders is. Ik kan mij niet herinneren dat T. en M. het niet eens waren met de

tekst zoals die is opgenomen in de leveringsakte. Datzelfde geldt natuurlijk ook voor de koopakte. (...) Ik blijf erbij dat de koper aan mij heeft verzocht het voorkeursrecht in de akte op te nemen. (...) Ik kan mij niet herinneren dat het T. is geweest die het voorkeursrecht bij mij heeft aangekaart. (...) Ik kan mij niet herinneren dat er over de tekst van het voorkeursrecht diverse telefoongesprekken hebben plaatsgevonden met T. (...) Ik kan mij niet herinneren dat ik T. ervan heb moeten overtuigen dat de tekst van het voorkeursrecht in de koopakte hetzelfde was, althans dezelfde strekking had, als de tekst daarvan in de leveringsakte. Noch de tekst noch de strekking was hetzelfde. (...) Ik kan mij niet herinneren dat de aanduiding '+echtgenote' in mijn notitie van 27 september 1996 later is toegevoegd. Ik zie ook niet dat het handschrift van deze aanduiding anders is dan de rest. Ik zeg niet dat die aanduiding niet later toegevoegd kan zijn, maar ik kan mij dat niet herinneren. (...)'

1.12 Tijdens het voorlopig getuigenverhoor heeft S. op 18 april 2006 als getuige onder meer verklaard:

'(...) Ik ken T. al heel lang. (...) T. heeft toen de woning aan mij te koop aangeboden. (...) Ik heb vervolgens aan T. voorgelegd of hij bereid zou zijn de woning aan A. te verkopen. Dat wilde hij wel, maar met dien verstande dat dan in de koopovereenkomst een voorkeursrecht voor mij zou zijn opgenomen. Dat voorkeursrecht was alleen voor mij bedoeld. (...) T. heeft met mij de inhoud van de koopovereenkomst en met name de tekst van het voorkeursrecht besproken. Hij was het in eerste instantie niet eens met de tekst die kandidaat-notaris O. daarvoor had opgesteld omdat daarin ook mijn echtgenote werd genoemd. T. heeft daarover geprotesteerd bij notaris O. en deze heeft toen de tekst in die zin veranderd dat een voorkeursrecht aan mij werd verleend en bij vooroverlijden aan mijn echtgenote. Met die tekst konden T. en ik leven. Ik heb de verschillende exemplaren van de koopovereenkomst gezien, maar ik heb van T. geen kopieën ontvangen. (...) Ik heb van T. ook de tekst van de leveringsakte te zien gekregen. Wij waren het er beiden over eens dat de redactie van het voorkeursrecht niet klopte omdat de zinsnede van het vooroverlijden was komen te vervallen. T. heeft daarover vervolgens een paar maal telefonisch contact gehad met notaris O. Notaris O. heeft hem er uiteindelijk van weten te overtuigen dat het feitelijk geen verschil zou uitmaken. Juridisch zouden de beiden teksten volgens hem gelijk zijn. Hoewel ik het vreemd vond, heb ik me daarbij ook neergelegd; ik ben juridisch niet onderlegd. (...) Het was de bedoeling dat de inhoud van het voorkeursrecht in de leveringsakte zou overeenkomen met de inhoud van het voorkeursrecht in de koopakte. (...) A. en G. hebben tegenover mij nooit enig bezwaar geuit tegen het voorkeursrecht. (...) Het voorkeursrecht is nooit onderwerp van gesprek geweest tussen A. en zijn echtgenote en mij. (...) Het is mij niet bekend of A. met notaris O. contact heeft gehad over de redactie van het voorkeursrecht. (...) In het kader van de echtscheiding van mij en mijn echtgenote is het voorkeursrecht op geen enkele wijze aan de orde gekomen. Dat is eerst het geval geweest na het overlijden van G. (...) In verband met het afleggen van een verklaring ten overstaan van betrokkene 14, heb ik T. en M. tweemaal met mijn auto naar de notaris gereden. (...) Nadat T. het concept van hun verklaringen van de notaris had ontvangen, is hij met deze verklaring op ons kantoor geweest. Daar heeft hij mij deze verklaring laten zien en daar was ik het mee eens. betrokkene 11 was daar niet bij. (...) Mijn echtgenote en ik zijn aanwezig geweest bij het ondertekenen van de koopakte en de leveringsakte bij de notaris. (...) Ik ben niet aanwezig geweest bij de telefoongesprekken tussen T. en notaris O. waarin T. bij de notaris heeft

geprotesteerd tegen de tekst van het voorkeursrecht. Bij de ondertekening van de koop- en de leveringsakte is niet meer apart gesproken over het voorkeursrecht. (...) Ter voorbereiding van dit getuigenverhoor heb ik niet het proces-verbaal van het voorlopig getuigenverhoor gehouden op 24 januari 2006 gelezen. Ik heb dat proces-verbaal nooit ontvangen. Wel heb ik na de zitting T. daarover gesproken. (...) Ik heb tegen mijn echtgenote gezegd dat T. de woning alleen aan mij wilde verkopen. Ook met betrekking tot het voorkeursrecht wilde hij dat dit alleen aan mij zou toekomen. Ook dat heb ik tegen mijn echtgenote gezegd. (...) Ik heb niet aan T. gevraagd waarom hij de leveringsakte, gelet op het verschil met de koopakte, toch heeft getekend. De notaris had hem duidelijk gemaakt dat de strekking van het voorkeursrecht hetzelfde was. Dat heeft T. mij medegedeeld. (...)’

1.13 Tijdens het voorlopig getuigenverhoor heeft S. op 18 augustus 2006 als getuige onder meer verklaard:

‘(...) Ik heb de andere verklaringen doorgenomen. De verklaring van T. klopt helemaal, die bevestig ik. (...) In de verklaring van O. staat een aantal onjuistheden. O. heeft onder punt 3 verklaard dat het voorkeursrecht op verzoek van A. en G. in de koopovereenkomst is opgenomen, omdat F. (mijn toenmalige echtgenote) hun nicht was. Dat klopt niet. Het voorkeursrecht was het idee van T. en is ook op zijn verzoek opgenomen. (...) Ik ben aanwezig geweest bij het gesprek op 27 september 1996 bij de kandidaat-notaris O. Bij die bespreking waren ook aanwezig: de koper en zijn echtgenote, T. en M. en F. Ik ben ook aanwezig geweest bij het passeren van de leveringsakte op 25 maart 1997. Bij die gelegenheid waren dezelfde mensen aanwezig als op 27 september 1996, met uitzondering van O. betrokkene 12 heeft de leveringsakte gepasseerd. (...) Tijdens de bespreking op 27 september 1996 heeft T. het voorkeursrecht voorgesteld. Het was voor hem een voorwaarde om te verkopen. Indien het niet werd opgenomen, ging wat hem betreft de verkoop niet door. (...) In reactie op punt 9 van de verklaring van O. merk ik op dat de kopers destijds naar mijn weten niet gekend zijn in de tekst van het voorkeursrecht. Volgens mij zijn zij niet bij de totstandkoming van die tekst betrokken geweest. (...) Ik vind het onvoorstelbaar dat O. zich niet herinnert dat er telefonisch contact is geweest tussen hem en T. Over het voorkeursrecht zijn wel tig telefoontjes geweest. In de tijd tussen het gesprek van 27 september 1996 en het ondertekenen van de koopovereenkomst zijn er volgens mij 8 tot 10 telefoontjes geweest. In die dagen heb ik zeer intensief contact gehad met T., die mij steeds op de hoogte stelde. (...) Volgens mij ben ik bij alle besprekingen bij de notaris geweest. Ik weet zeker dat het er twee zijn geweest, maar achteraf redenerend denk ik dat er meer besprekingen zijn geweest te weten: een voorbespreking van de koopovereenkomst, het ondertekenen van de koopovereenkomst en het ondertekenen van de leveringsakte. Ik denk dus dat er minimaal drie bijeenkomsten zijn geweest en ik ben volgens mij steeds mee geweest, aangezien ik T. daarheen heb gereden. Ik weet in ieder geval zeker dat ik bij twee besprekingen ben geweest te weten bij het ondertekenen van de leveringsakte en bij het bespreken van de koopovereenkomst. (...)’

1.14 In een brief van 19 oktober 2006 van mr. H.M. van Eerten (advocaat van F.) aan S. staat vermeld:

‘(...) Cliënte heeft u reeds bij brief van 26 augustus 2005 laten weten dat zij om haar moverende redenen bereid is tot een gemeenschappelijk uitoefening van voornoemd

voorkeursrecht van koop; in die zin dat dit voorkeursrecht hetzij door u hetzij door cliënte zal worden uitgeoefend, doch in ieder geval onder de voorafgaande afspraak dat degene die dit voorkeursrecht uitoefent, de helft van de vermogenswaarde hiervan zal uitbetalen aan de andere partij. (...) Namens cliënte laat ik u hierdoor weten dat zij nog steeds bereid is tot een gemeenschappelijke uitoefening, van het voorkeursrecht van koop op de wijze zoals door cliënte verwoord in haar brief van 26 augustus 2005. (...) Namens cliënte houd ik u hierdoor uitdrukkelijk aansprakelijk voor de schade die zij zal lijden in geval u een zodanige gemeenschappelijke uitoefening van het voorkeursrecht van koop mocht blokkeren.(...)'

- 1.15** Uit de correspondentie tussen de mr. G. van De Nesse (advocaat van S.) en mr. M.H.G. Plieger (advocaat van de erven van A. en G.) volgt, zakelijk weergegeven, dat S. zich op het standpunt stelt dat hij alleen gerechtigd is tot uitoefening van het voorkeursrecht.
- 1.16** Bij brief van 24 november 2006 van mr. H.M. van Eerten, advocaat van F., is aan mr. M.H.G. Plieger, advocaat van de executeurs, meegedeeld dat F. er mee in stemt dat de woning aan S. zal worden verkocht en geleverd tegen betaling van € 272.268,13 (f 600.000) onder voorbehoud van al haar rechten en weren jegens S. ten aanzien van haar aandeel tot het voorkeursrecht van koop.
- 1.17** In een faxbericht van 24 november 2006 van Van Eerten aan Van De Nesse staat vermeld: '(...) Reeds bij brief van 26 augustus 2005 heeft cliënte aan uw cliënt laten weten bereid te zijn tot een gemeenschappelijke uitoefening van vorenbedoeld voorkeursrecht van koop. Die bereidheid heeft cliënte bij brief van 19 oktober 2006 — m.n. naar aanleiding van de door de executeurs onderwijl gestelde uitoefentermijn — aan uw cliënt met zoveel woorden herhaald. Op beide voornoemde brieven hebt u namens uw cliënt in stellig afwijzende zin gereageerd. Uw cliënt is niet bereid tot een gemeenschappelijke uitoefening van het voorkeursrecht van koop op basis van zijn standpunt dat hij, bij uitsluiting van mijn cliënte, tot een zodanige uitoefening alleengerechtigd zou zijn. Daartegenover staat dat mijn cliënte zich op het standpunt blijft stellen dat zij naast uw cliënte tenminste gelijkgerechtigd is tot de uitoefening van dat voorkeursrecht van koop. (...) In tegenstelling tot uw cliënt is mijn cliënte bevreesd dat wanneer ons beider cliënten niet binnen de door de executeurs gestelde termijn kunnen komen tot een gemeenschappelijke uitoefening van het voorkeursrecht van koop, dat voorkeursrecht alsdan rechtens als vervallen zal moeten worden aangemerkt. (...) Enkel en alleen om verval van het voorkeursrecht van koop te voorkomen bericht ik u hierdoor dat cliënte ermee instemt dat bedoeld voorkeursrecht door uw cliënt zal worden uitgeoefend; voor zoveel nodig tevens namens mijn cliënte. Het voorgaande impliceert evenwel dat cliënte jegens uw cliënt al haar rechten voorbehoudt ten aanzien haar aandeel tot (de vermogenswaarde van) dat voorkeursrecht. Terzake zal cliënte jegens uw cliënt een bodemprocedure entameren. Immers, cliënte is tenminste gelijkgerechtigd tot dat voorkeursrecht. (...)'
- 1.18** De woning is op 13 april 2007 door de executeurs aan S. geleverd.
- 1.19** Uit een registerverklaring koop van het Kadaster blijkt dat op 16 juli 2007 S. de woning heeft verkocht aan derden.

2. Procesverloop

- 2.1** Op 23 april 2007 heeft F. S. gedagvaard voor de rechtbank Utrecht en daarbij — aanvankelijk subsidiair^[3] — gevorderd te verklaren voor recht dat aan haar toekomt een bedrag ter grootte

van de helft van het verschil tussen enerzijds de vrije economische waarde van de woning per 13 april 2007 en anderzijds de in de leveringsakte van 25 maart 1997 genoemde uitoefenprijs van koop met betrekking tot de woning per 13 april 2007 tot aan de dag der algehele voldoening. S. heeft verweer gevoerd.

2.2 Na bij tussenvonnis van 27 juni 2007 een comparitie te hebben gelast, heeft de rechtbank bij eindvonnis van 28 november 2007 de vordering van F. afgewezen.

2.3 F. is van het eindvonnis in hoger beroep gekomen. S. heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.4 In zijn tussenarrest van 28 april 2009 heeft het hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, samengevat het volgende geoordeeld.

- (i) De akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht waarin S. en F. bij name zijn genoemd, levert gezien artikel 157 lid 2 (tweede volzin) Rv dwingend bewijs op 'ten behoeve van S. en F. Het voorkeursrecht is namelijk door de ondertekenaars van de akte van levering te hunnen behoeve opgenomen.' (rov. 4.4, slot).
- (ii) 'Nu de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd, gaat het hof bij wege van vermoeden (ervan; A-G) uit dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen.' (rov. 4.5).
- (iii) Volgens die tekst komt het voorkeursrecht toe aan S. 'en/of zijn echtgenote' F. Daarop past het hof de Haviltex-maatstaf toe (rov. 4.5) waarna een taalkundige uitleg volgt van de term 'en/of'. Het hof komt daarbij vooralsnog tot de conclusie dat het voorkeursrecht aan F. en S. in hun interne verhouding voor gelijke delen toekomt. Het voegt daaraan toe 'Dat is overigens in overeenstemming met artikel 5, tweede alinea van hun huwelijksvoorwaarden (...)'. (rov. 4.6).
- (iv) Tegen het dwingend bewijs van de akte staat tegenbewijs open (151 lid 2 Rv). S. mag tegenbewijs leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen (rov. 4.6).
- (v) Daarbij is niet alleen van belang wat T. heeft verklaard (rov. 4.6), maar ook wat A. en G. heeft verklaard want het voorkeursrecht impliceert naar zijn aard een last voor de kopers. Het hof geeft daarbij de Haviltex-maatstaf weer.
- (vi) Het hof geeft vervolgens de stellingen van partijen weer en gaat de bij 1.10 t/m 1.13 bedoelde getuigenverklaringen langs; het komt tenslotte tot het oordeel dat S. nog niet is geslaagd in het te leveren tegenbewijs (rov. 4.8 t/m 4.14). In dat verband overweegt het hof in rov. 4.13: 'Nog onvoldoende is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de — gewijzigde — taalkundige inhoud van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte. Gesteld noch gebleken is dat T. jegens A. en G. bezwaren kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van de formulering van het voorkeursrecht in de akte van levering. Daarbij geldt dat men in het algemeen mag verwachten dat iemand die compareert bij het verlijden van de akte waarvan hij het concept heeft ontvangen en de akte, zonder bezwaren jegens zijn wederpartij te uiten, ondertekent, met de inhoud van de akte instemt.'
- (vii) Het hof laat S. vervolgens toe tot het leveren van bewijs van omstandigheden waaruit blijkt dat de in de akte van levering opgenomen tekst van de door partijen afgelegde

- verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen (rov. 4.14).
- (viii) Het hof houdt een beslissing op het beroep van F. op artikel 3:35 BW aan tot na bewijslevering (rov. 4.15).
 - (ix) Om proceseconomische redenen laat het hof F. reeds toe tot het bewijs, voor het geval S. mocht slagen in het tegenbewijs, dat het voorkeursrecht in de akte van levering wel degelijk overeenstemt met hetgeen partijen zijn overeengekomen (rov. 4.16).
 - (x) Het hof reageert voorts nog een op aantal stellingen van partijen (rov. 4.17 t/m 4.23). Daarbij overweegt het hof in rov. 4.19 onder meer 'Het hof is verder van oordeel dat de rechten ten aanzien van het voorkeursrecht in de sleutel van de huwelijkse voorwaarden moeten worden beoordeeld, in het bijzonder artikel 5. Het voorkeursrecht is ontstaan tijdens het huwelijk en behoort in beginsel aan beide voor de helft toe (zie hiervoor onder 4.6).'

2.5 Nadat getuigenverhoren zijn gehouden, alleen in het kader van het door S. te leveren tegenbewijs (rov. 1.2 en 2.3), komt het hof in zijn eindarrest van 30 maart 2010 tot de slotsom dat het eindvonnis van de rechtbank moet worden vernietigd en de gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen. Daartoe overweegt het hof samengevat het volgende.

- (xi) 'Teneinde de dwingende bewijskracht van de akte van levering met tegenbewijs te ontzenuwen is daarom niet voldoende de bedoeling van T. te bewijzen. Er zal ten minste een spoor van twijfel bij A. en G. aanwezig moeten zijn geweest ten aanzien van de betekenis en implicatie van het noemen van beide namen van F. en S. in combinatie met de bewoordingen 'en/of'. In het tussenarrest heeft het hof dit — in het kader van tegenbewijs wellicht iets te sterk — aldus geformuleerd dat moet blijken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de gewijzigde taalkundige inhoud van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte.' (rov. 2.2).
- (xii) Het hof bespreekt de getuigenverklaringen en concludeert dat S. niet in het tegenbewijs is geslaagd (rov. 2.4 t/m 2.9).
- (xiii) Aan de bewijsopdracht aan F. komt het hof niet meer toe (rov. 2.10).

2.6 S. is bij dagvaarding van 30 juni 2010 tijdig in cassatie gekomen van beide arresten. F. heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna is gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Bespreking van het middel

- 3.1.** In cassatie is een middel voorgedragen dat bestaat uit zeven onderdelen.
- 3.2** Onderdeel 1 bevat een inleiding, onderdeel 1.1 een klacht. Het onderdeel ziet op het oordeel in rov. 4.4, slot, in verbinding met rov. 4.6, vijfde volzin. Het onderdeel bestrijdt op zich niet het oordeel, dat de akte van levering gezien artikel 157 lid 2 Rv en Uw arrest van 5 december 2003^[4] dwingend bewijs oplevert — het middel leest overigens: kan opleveren — ten behoeve van S. en F. Moeten de overwegingen echter zo worden begrepen, dat het hof heeft geoordeeld dat de onderhavige akte van levering dwingend bewijs oplevert tussen de partijen F. en S. onderling — meer in het bijzonder: ten behoeve van F. tegen S. — dan getuigt dat van een onjuiste rechtsopvatting. Zij hebben de akte niet ondertekend en zich derhalve geen van beide gecommitteerd (in de zin van de 'preuve préconstituée'). In hun onderlinge verhouding komt aan de (inhoud van de) akte slechts vrije bewijskracht toe.
- 3.3** Het hof doelt m.i. in rov. 4.4 op de verhouding tussen de ondertekenaars van de akte van

levering (T. en M. en A. en G.) en de voorkeursgerechtigden (S. en F.). Dat blijkt uit het feit dat S. en F. tezamen worden genoemd en uit de voorlaatste volzin van rov. 4.4.^[5.] Gezien rov. 4.6, vijfde en zesde volzin, neemt het onderdeel m.i. echter terecht tot uitgangspunt dat het hof de dwingende bewijskracht als bedoeld in artikel 157 lid 2 Rv óók heeft betrokken op de verhouding tussen partijen onderling. Hier overweegt het hof immers, dat S. op de voet van artikel 151 lid 2 Rv tegenbewijs mag leveren tegen het dwingend bewijs van de akte. Ook rov. 2.2, tweede volzin, en rov. 2.10, tweede volzin, van het eindarrest wijzen hierop.

- 3.4** Er is dus reden de klacht van het onderdeel te onderzoeken, mede omdat daarmee de verhouding tussen de dwingende bewijskracht van de akte en de uitleg van de akte aan de orde komt. Een onderzoek daarvan is ook dienstig voor met name de bespreking van de klachten van de onderdelen 2.1 en 3.3.
- 3.5** Volgens artikel 157 lid 2 Rv levert een authentieke of onderhandse akte, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring (tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, maar deze uitzondering speelt in casu niet). Onder partij wordt volgens deze bepaling mede begrepen de rechtverkrijgende onder algemene of bijzondere titel, voor zover het desbetreffende recht is verkregen na het opmaken van de akte.
- 3.6** De dwingende bewijskracht wordt gebaseerd op de leer van de 'preuve préconstituée', de op de partijwil steunende bewijsrechtelijke gebondenheid aan ondertekende verklaringen.^[6.] Door haar ondertekening van de akte biedt een partij een bewijsmiddel aan degene ten wiens behoeve zij haar verklaring in die akte aflegt.
- 3.7** De dwingende bewijskracht kan worden ingeroepen tegen de partij die de verklaring in de akte aflegde en tegen diens rechtverkrijgenden onder algemene of bijzondere titel.^[7.]
- 3.8** Door wie de dwingende bewijskracht kan worden ingeroepen, blijkt uit Uw arrest van 5 december 2003 waarin is overwogen:

'3.4 (...) Het onderdeel betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat een onderhandse akte niet slechts dwingend bewijs oplevert tussen degenen die (materieelrechtelijk) zijn te beschouwen als partijen bij de akte, doch mede vóór degene(n) ten behoeve van wie de partij die de verklaring in de akte heeft afgelegd, op basis van de uitleg van de bewijsrechtelijke betekenis van de akte als bewijsrechtelijke handeling, geacht moet worden de akte bestemd te hebben om tegen hem tot bewijs te dienen. Een zodanige regel die zou meebrengen dat, indien hieromtrent niet aanstonds duidelijkheid bestaat, eerst afzonderlijk zou moeten worden vastgesteld ten behoeve van wie de akte bestemd is tot bewijs te dienen, kan niet als juist worden aanvaard. De inhoud en strekking van art. 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer brengen mee dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden. (...).'

Met deze uitspraak is verworpen, als ik het goed zie, de opvatting dat een afzonderlijk onderzoek zou moeten worden ingesteld naar de kring van personen jegens wie een partij, door ondertekening van de akte, bedoeld zou hebben bewijsrechtelijk te hebben willen

disponeren.^[8] Deze kring is in zoverre ‘gesloten’, dat zij is beperkt tot de in Uw arrest bedoelde kring van personen.

- 3.9** Ik wijs op de keuze voor deze meer restrictieve opvatting, omdat daaruit blijkt dat niet te royaal in allerlei verhoudingen dwingende bewijskracht, voortvloeiend uit de wet, aan akten kan worden toegekend. Dat strookt met de in artikel 152 lid 2 Rv neergelegde hoofdregel, dat aan bewijs vrije bewijskracht toekomt. Ten aanzien van derden — d.w.z. allen die niet tot de boven bedoelde categorieën personen behoren — heeft de akte daarom vrije bewijskracht.
- 3.10** Het middel beschouwt S. en F. als ‘rechtverkrijgenden’, waarmee in navolging van Veegens/Wiersma & Wiersma een ruimere categorie wordt bedoeld dan rechtsopvolgers. Van een rechtverkrijgende (maar geen rechtsopvolger) is bijvoorbeeld sprake indien A van B een recht ten behoeve van C stipuleert. C verkrijgt dit recht wel door toedoen van A, maar hij is niet diens rechtsopvolger.^[9] S. en F. zijn in deze zin rechtverkrijgenden. In de terminologie van Uw arrest van 5 december 2003 zijn S. en F. m.i. degenen te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden.
- 3.11** Voor de onderhavige zaak maakt dit terminologische verschil niet uit. Wat betreft de dwingende bewijskracht van de akte behoeft immers geen onderscheid te worden gemaakt tussen de in het arrest van 5 december 2003 bedoelde personen.^[10] Zij kunnen daar alle van profiteren. Dit betekent onder meer dat rechtverkrijgenden van degenen door wie een beroep kan worden gedaan op de dwingende bewijskracht van de akte, dat beroep kunnen richten jegens de partij die de verklaring aflegde of, zo werd reeds vermeld bij 3.7, diens rechtverkrijgenden. Het is echter niet deze figuur van ‘rechtverkrijgende’ (van de persoon ten behoeve van wie de verklaring werd afgelegd) jegens ‘rechtverkrijgende’ (van de persoon die de verklaring aflegde) waarop het middel het oog heeft.
- 3.12** Het middel ziet op de onderlinge verhouding tussen rechtverkrijgenden van dezelfde persoon. De s.t. zijdens F. sub 2.19 betitelt hen als ‘nevengeschikte rechtverkrijgenden’. Men zou ook kunnen zeggen, dat het gaat om de onderlinge verhouding van degenen te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden.
- 3.13** Het arrest van 5 december 2003 specificeert weliswaar door wie de dwingende bewijskracht kan worden ingeroepen maar gaat niet uit van pluraliteit aan de kant van één of meer van de daar bedoelde personen. Het ziet dus niet rechtstreeks op de hier bedoelde onderlinge verhouding.^[11]
- 3.14.1** Het middel wijst op de positie van de gezamenlijke erfgenamen van een partij bij de akte onder aanhaling van Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 40 op p. 79, waar wordt vermeld:
- ‘Dat ook naar bewijsrecht rechtsopvolgers onder algemene titel dienen te worden vereenzelvigd met hun voorganger ligt voor de hand. Toch mag men daaruit niet afleiden dat deze vereenzelviging ook kan worden toegepast op de verhouding tussen rechtsopvolgers onder algemene titel onderling. Zo besliste Rb. Den Bosch 18 november 1955, *NJ* 1957, 403, terecht dat een onderhandse akte geen dwingende bewijskracht oplevert tussen de erfgenamen onderling van de ondertekenaar.’
- 3.14.2** Een vergelijkbare opmerking treft men aan bij F.G. Scheltema en H.J. Scheltema:
- ‘Ook hoofdelijke schuldenaren kan men o.i. onderling niet als rechtsverkrijgenden beschouwen, zoodat een akte van schuldbekentenis, door den eenen schuldenaar afgegeven, niet verplicht-volledig tegenover den andere het bestaan der schuld staft

(...).[12.]

- 3.14.3** In de s.t. zijdens F. sub 2.4 wordt opgemerkt dat de bindende bewijskracht afhangt van het soort geding. De schriftelijke dupliek sub 3 relativeert het belang van het genoemde vonnis van 18 november 1955, door erop te wijzen dat het in die zaak ging om een verklaring van een erflater welke niet bestemd was om tot bewijs te dienen in een geschil tussen haar erfgenamen.
- 3.14.4** De schriftelijke repliek lijkt ook ruimte te zien voor het argument, dat moet worden gekeken naar het soort geval. Wellicht zou, aldus de repliek, dwingende bewijskracht onder bijzondere omstandigheden tussen rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel nog denkbaar kunnen zijn, nu deze (geheel of gedeeltelijk) in de rechten en verplichtingen treden van hun voorgangers.[13.]
- 3.15** Het is niet nodig om een algemeen antwoord te formuleren op de vraag, of de dwingende bewijskracht van een verklaring in een akte jegens meerdere personen, die in dezelfde rechtsverhouding staan tot degene die de verklaring afgelegde, ook geldt in de onderlinge verhouding tussen deze personen. Voor het antwoord in het concrete geval lijkt mij in ieder geval relevant de strekking van de verklaring waaraan de dwingende bewijskracht toekomt en de aard van de rechtsverhouding tussen de betrokken personen.
- 3.16.1** In het onderhavige geval gaat het om een verklaring over het voorkeursrecht in de leveringsakte van de kopers ten behoeve van S. en F. Deze heeft de strekking ten behoeve van S. en F. dwingend bewijs op te leveren tegen de ondertekenaars van de akte (althans tegen A. en G.).
- 3.16.2** In cassatie wordt aangevoerd, dat S. en F. de akte niet hebben ondertekend respectievelijk dat zij niet hebben beoogd hun onderlinge bewijsrechtelijke verhouding te regelen.[14.]
Het niet-ondertekenen is als zodanig niet doorslaggevend. Dat zal immers in beginsel ook gelden voor de rechtverkrijgenden van partijen als bedoeld in artikel 157 lid 2 Rv, terwijl zij wel met de dwingende bewijskracht kunnen worden geconfronteerd.[15.]
- 3.16.3** Sterker lijkt mij het argument, dat S. en F. met de akte niet hebben beoogd hun onderlinge bewijsrechtelijke verhouding te regelen.
Nu kan in zekere zin ook voor bijvoorbeeld de rechtsopvolger van een der partijen bij de akte worden gezegd dat hij niet heeft beoogd met de akte zijn bewijsrechtelijke positie te regelen. Maar zijn binding aan de bewijsrechtelijke gevolgen van de akte kan worden verklaard uit het feit dat hij een van partijen opvolgt, óók in diens bewijsrechtelijke positie.[16.]
- 3.16.4** Het lijkt mij overigens niet ondenkbaar, dat in de akte genoemde personen zichzelf ook onderling bewijsrechtelijk binden aan een verklaring die ten behoeve van hen door een ander is afgelegd (zoals voorkeursgerechtigden onderling) of door hen ten behoeve van een ander is afgelegd (zoals kopers onderling). Maar van de bedoeling om jegens elkaar bewijsrechtelijk te disponeren zal dan wel moeten blijken. Daarvoor geldt als voorwaarde dat deze personen[17.] een daartoe bestemde akte hebben ondertekend.[18.]
- 3.16.5** S. en F. kunnen dus wel een beroep doen op de dwingende bewijskracht van de akte tegen de ondertekenaars daarvan (althans tegen A. en G.), maar aan de onderhavige akte komt geen dwingende bewijskracht toe tegen S. en F. Het ligt dan voor de hand met het middel aan te nemen, dat ook in hun onderlinge verhouding geen dwingende bewijskracht aan de akte toekomt.[19.]

- 3.17** Hoewel onderdeel 1.1 m.i. terecht is voorgesteld, kan het naar mijn mening bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Ik licht dit hieronder toe aan de hand van de aangekondigde bespreking van de verhouding tussen de dwingende bewijskracht van de akte en de uitleg van de akte.
- 3.18.1** Het oordeel van het hof, dat de akte dwingende bewijskracht toekomt (aangenomen dat dit ook tegen S. geldt) en dat daartegen op de voet van artikel 151 lid 2 Rv tegenbewijs openstaat, betekent per saldo dat S. tegenbewijs dient te leveren tegen de inhoud van de akte.
- 3.18.2** De akte levert immers:
- ‘dwingend bewijs op van de waarheid van hetgeen in de akte door hen (in casu: de ondertekenaars; A-G) omtrent de inhoud van die overeenkomst is verklaard (art. 157 lid 2 Rv.), maar daartegen staat tegenbewijs open (art. 151 lid 2 Rv.), welk tegenbewijs gelet op de hier toepasselijke Haviltex-maatstaf op alle omstandigheden van het geval betrekking kan hebben.’[\[20.\]](#)
- 3.18.3** Het dwingende bewijs strekt zich uit tot de constatering, dat (behoudens tegenbewijs) waar is, wat partijen hebben verklaard, namelijk dat het voorkeursrecht toekwam aan S. ‘en/of’ F.
- 3.18.4** De betekenis van die verklaring moet steeds door uitleg worden vastgesteld. De uitleg geschiedt, naar in cassatie (terecht) onbestreden is, in casu aan de hand van de Haviltex-maatstaf.
- 3.19.1** Op dit punt is het van belang te onderkennen, dat het probleem welke betekenis toekomt aan de akte vanuit verschillende invalshoeken kan worden benaderd.[\[21.\]](#)
- 3.19.2** Men kan het probleem vooral zien als een kwestie van dwingende bewijskracht. Men problematiseert dan niet de betekenis van de bewoordingen van de akte, maar benadrukt dat sprake is van een discrepantie tussen de werkelijke bedoeling van partijen (welke eveneens aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet worden vastgesteld) en de bewoordingen van de akte.[\[22.\]](#) Het tegenbewijs kan dan worden geleverd door te ontzenuwen dat de bewoordingen van de akte overeenstemmen met de werkelijke bedoeling van partijen.[\[23.\]](#)
- Dat de betekenis van de bewoordingen van de akte niet wordt geproblematiseerd, wil niet zeggen dat deze akte niet is uitgelegd. Dat is zij uiteraard wel — naar mag worden aangenomen op basis van een eenvoudige taalkundige uitleg — omdat anders geen betekenis aan de akte kan worden toegekend. Het zegt dus alleen, dat partijen zich in zoverre neerleggen bij de — taalkundig uitgelegde — bewoordingen van de akte. Hun debat richt zich op de vraag de overeenkomst correct in de akte is terechtgekomen.
- De partij die de bewoordingen van de akte aan haar zijde heeft, profiteert in dit debat bewijstechnisch van de dwingende bewijskracht van de akte. Omdat partijen zich neerleggen bij de — taalkundig uitgelegde — bewoordingen van de akte, is het begrijpelijk dat een van hen dit bewijsvoordeel toekomt.
- 3.19.3** Men kan het probleem echter ook benaderen als een uitlegkwestie. Men problematiseert dan wél de betekenis van de bewoordingen van de akte. Men vraagt dan hoe de gebezigde bewoordingen door partijen zijn bedoeld (en constateert zo nodig dat volgens de werkelijke bedoelingen van partijen de in de akte gebezigde bewoordingen anders moeten worden uitgelegd dan op het eerste gezicht — taalkundig — het geval lijkt te zijn).
- Vanuit deze invalshoek bezien, speelt de dwingende bewijskracht geen rol van betekenis.[\[24.\]](#)

Zij speelt deze rol, dat in het uitlegdebat (behoudens tegenbewijs) moet worden aangenomen dat partijen zich hebben bediend van bepaalde bewoordingen. Maar dát is tussen partijen niet in geschil. Om die reden kan de vraag naar de dwingende bewijskracht in dergelijke uitleggeschillen blijven rusten. Aan de dwingende bewijskracht van de akte ontleent geen der partijen dan een bewijsvoordeel.

Een bewijsvoordeel kan weer wel ontstaan wanneer de rechter in het kader van de uitlegvraag werkt met een voorshands oordeel, dat de bewoordingen van de akte de werkelijke bedoelingen van partijen correct weergeven. In dat geval leveren de bewoordingen van de akte ook een bewijsvoordeel voor een der partijen op. Dat berust dan echter niet op de dwingende bewijskracht van de akte.

- 3.19.4** Welke invalshoek men kiest, hangt m.i. vooral af van het partijdebat. Beide invalshoeken zullen gewoonlijk samenvallen wanneer de bewoordingen van de akte een sterke aanwijzing vormen dat door partijen gewoon is bedoeld wat de akte vermeldt. [\[25.\]](#)
- 3.20** Het bij 3.18.1 bedoelde resultaat bereikt het hof in zijn tussenarrest ook langs deze andere, uitlegweg. In rov. 4.5 en 4.6 komt het hof immers tot een vermoeden dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen. De Haviltex-maatstaf toepassend, komt het hof vervolgens op basis van de bewoordingen van de leveringsakte voorlopig tot de conclusie dat (de waarde van) het voorkeursrecht aan F. en S. in hun interne verhouding toekomt voor gelijke delen. Daarom wordt S. toegelaten, kort gezegd, tot het tegenbewijs dat de in de leveringsakte opgenomen tekst niet strookt met de werkelijke bedoelingen van partijen.
- Naar mijn mening kan worden aangenomen, dat ook wanneer het hof geen dwingende bewijskracht zou hebben toegekend aan de leveringsakte, het hof tot hetzelfde voorlopige oordeel over de betekenis van de leveringsakte zou zijn gekomen. Dat het hof tot zijn voorlopige oordeel over de uitleg van de akte is gekomen, (juist) omdat het (naar hierboven werd aangenomen: ten onrechte) uitging van de dwingende bewijskracht van de akte in de onderlinge verhouding tussen S. en F., blijkt niet uit zijn arresten. Het middel betoogt ook niet, m.i. terecht, dat dit wel zo is. (Het middel stelt wel op een andere wijze de verhouding tussen de dwingende bewijskracht van de akte en de uitlegvraag aan de orde; zie onderdelen 2.1 en 3.3).
- 3.21** De bewijspositie van S. is in casu in de bij 3.18.1 respectievelijk 3.20 bedoelde situaties dezelfde. Het bewijsthema is hetzelfde (de werkelijke bedoeling van partijen); [\[26.\]](#) het tegenbewijs kan betrekking hebben op alle omstandigheden van het geval; [\[27.\]](#) het tegenbewijs mag geleverd worden met alle middelen, ook als het gaat om tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte, en de rechter mag aan ieder gebleken feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht hechten die hem goedgeeft. [\[28.\]](#) De arresten van het hof geven ook geen aanleiding te veronderstellen, dat het hof in dit opzicht wel een verschil zou hebben willen aanbrengen. [\[29.\]](#)
- 3.22** Onderdeel 1.1 kan daarom naar mijn mening bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.
- 3.23** Onderdeel 2 (dat een inleiding bevat) stelt rov. 4.5, eerste volzin, aan de orde. Onderdeel 2.1 klaagt dat deze overweging onverenigbaar is met de overweging in rov. 4.4 dat aan de akte dwingende bewijskracht toekomt.
- 3.24** Beide oordelen zijn m.i. niet onverenigbaar, zodat de klacht faalt. Het onderdeel stelt de verhouding tussen de dwingende bewijskracht van de leveringsakte en de uitleg aan de

orde. Het feit dat aan een akte dwingende bewijskracht toekomt, betekent echter niet dat de akte noodzakelijk de werkelijke partijbedoeling weergeeft. Zulks dient namelijk te worden vastgesteld aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Ik moge verwijzen naar hetgeen hierboven werd opgemerkt.

Terzijde merk ik op, dat het hof naar aanleiding van grief I van F. is ingegaan op de dwingende bewijskracht van de akte, maar nodig was dat naar mijn mening strikt genomen niet.^[30.]

- 3.25** Indien rov. 4.5 zo moet worden gelezen dat de akte van levering voorgaat boven de koopovereenkomst is dit oordeel, zo wordt door onderdeel 2.2 aangevoerd, onbegrijpelijk omdat S. meerdere malen gemotiveerd heeft gesteld en onderbouwd dat en waarom de bewoordingen van de akte van levering niet overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen. Aan deze (essentiële)^[31.] stellingen van S. mocht het hof niet voorbijgaan met de enkele motivering dat de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd.
- 3.26** Deze klacht faalt. Het hof kon m.i. uit de in rov. 4.5 genoemde omstandigheden het vermoeden afleiden dat de bewoordingen van de (latere) akte van levering overeenstemmen met de werkelijke bedoeling van partijen. Dit oordeel is, verweven als het is met waarderings van feitelijke aard, aan het hof voorbehouden en kan in cassatie niet verder worden getoetst.
- Ik merk nog op, dat het hof reeds in rov. 4.8 e.v. van het tussenarrest uitgebreid aandacht heeft besteed aan de stellingen van partijen (waaronder de in de s.t. zijdens S. sub 3.12 bedoelde stellingen)^[32.] en het door S. aangedragen bewijs, in het bijzonder de verklaringen van T. en S. afgelegd in het kader van het voorlopige getuigenverhoor.
- 3.27** Onderdeel 2.3 stelt dat de vaststelling van het hof, dat ‘er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd’, ook onbegrijpelijk is.
- Voor zover het hof heeft bedoeld dat dit overleg (al dan niet met tussenkomst van de notaris) tussen partijen heeft plaatsgevonden, volgt dat niet uit de stukken. Er is, zo stelt het onderdeel, slechts contact geweest van T. met de notaris, maar niet met de wederpartij. Voor zover de overweging aldus moet worden begrepen, dat het enkele overleg van één der partijen met de notaris voldoende is, is dat onbegrijpelijk nu voor het aannemen van een gewijzigde partijbedoeling van belang is dat deze tussen partijen over en weer kenbaar is.
- 3.28** Beide klachten falen m.i. bij gebrek aan feitelijke grondslag.
- Het hof zegt niet dat tussen partijen over de tekst is overlegd. Het hof zegt alleen dat er volgens partijen tussentijds over de tekst is overlegd. Kennelijk doelt het hof daarmee op:
- de stelling van S., dat T. over de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte contact heeft opgenomen met notaris O. (zie rov. 4.8, tweede alinea, onder (iv), rov. 4.10 t/m 4.11), en op
 - de stelling van F., dat de formulering van het voorkeursrecht in de koopovereenkomst geen recht deed aan de bedoeling van A. en G. en dat daarover contact is opgenomen met in ieder geval notaris O. (rov. 4.12, vierde en vijfde volzin).
- Hieruit volgt, dat het hof evenmin ervan is uitgegaan, dat het enkele overleg van één der partijen met de notaris voldoende is. Overigens zou de kenbaarheid van een gewijzigde partijbedoeling wat betreft A. en G. kunnen worden afgeleid uit de bewoording van de leveringsakte, nu deze voor A. en G. (volgens de stellingen van F.) conform hun

bedoelingen was en T. (volgens de stellingen van S.) niet met A. en G. heeft gecommuniceerd over zijn begrip van de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte respectievelijk zijn contact met notaris O.^[33.]

- 3.29** Onderdeel 3 (dat een inleiding bevat) ziet op rov. 4.5, tweede en derde volzin, en rov 4.6, eerste t/m derde volzin. Onderdeel 3.1 klaagt dat het hof de Haviltex-maatstaf niet, althans niet juist, heeft toegepast nu het op grond van de enkele (zuiver) taalkundige uitleg van de bewoordingen van het voorkeursrecht in de leveringsakte komt tot de vaststelling dat het voorkeursrecht vooralsnog voor gelijke delen aan F. en S. toekomt. Het betoogt daartoe, kort gezegd, dat zich niet een situatie voordoet waarin volgens de rechtspraak van Uw Raad plaats is voor een (meer) taalkundige uitleg.
- 3.30** De klacht faalt. Met toepassing van de Haviltex-maatstaf is het hof tot het voorlopige oordeel gekomen, dat de bewoordingen van de leveringsakte, taalkundig uitgelegd, overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen. Ook buiten de in het onderdeel genoemde gevallen kan de rechter bij toepassing van de Haviltex-maatstaf tot het oordeel komen, dat de gebezigde bewoordingen, taalkundig uitgelegd, de bedoelingen van partijen weergeven.^[34.] Indien de rechter tot een dergelijk voorlopig oordeel komt, kan hij vervolgens zonder miskenning van de Haviltex-maatstaf de partij die een andere uitleg verdedigt belasten met het (tegen)bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die andere uitleg zou blijken.^[35.]
- 3.31** De klacht van onderdeel 3.2 mist feitelijke grondslag, waar zij veronderstelt dat het hof niet heeft gemotiveerd waarom het uitgaat van een taalkundige uitleg. Het hof geeft in rov. 4.5 immers aan, dat en waarom het werkt met het vermoeden dat de bewoordingen van de leveringsakte overeenstemmen met de laatst bekende wil van partijen. Anders dan het onderdeel betoogt, was het hof niet tot een nadere motivering gehouden.
- 3.32** Onderdeel 3.3 veronderstelt, dat de rov. 4.7 t/m 4.14 mede zien op de uitleg van de akte. Die veronderstelling is juist, omdat het hof in deze overwegingen het reeds door S. aangedragen tegenbewijs heeft beoordeeld, tegen de voorlopige als juist aangenomen (taalkundige) betekenis van de bewoordingen van de leveringsakte.
- 3.33** Volgens de klacht in de tweede t/m vierde volzin van het onderdeel is dit onjuist althans onbegrijpelijk, omdat de uitleg van een akte een andere vraag betreft dat de kwestie rond het leveren van tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte. Dat blijkt volgens het onderdeel reeds daaruit, dat de uitleg van de akte voorafgaat aan de vraag waarop het te leveren tegenbewijs zou moeten zien.
- 3.34** De klacht faalt, omdat onjuist noch onbegrijpelijk is dat het hof de akte uitlegt. Dat het hof dit mede plaatst in de sleutel van het tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte, maakt dit niet anders. Ik moge verwijzen naar hetgeen werd opgemerkt bij 3.18.1 t/m 3.21. De klacht in de vierde t/m zesde volzin van het onderdeel behoeft in het licht van het voorgaande geen afzonderlijke bespreking.
- 3.35** Onderdeel 4 bevat een inleiding, onderdeel 4.1 twee klachten. Deze zien op de overwegingen met betrekking tot artikel 5, tweede alinea, van de huwelijkse voorwaarden in rov. 4.6 (laatste zin op p. 8 van het tussenarrest) en rov. 4.19. Voor zover het hof heeft bedoeld dat het voorkeursrecht (reeds) vanwege de omstandigheid dat het tijdens het huwelijk is ontstaan, in beginsel aan beide partijen voor de helft toekomt, is dit oordeel volgens het onderdeel onbegrijpelijk. Onderwerp van de procedure is immers of

een der partijen haar recht op het voorkeursrecht kan bewijzen, zodat artikel 5 niet van toepassing is.

Voor zover het hof heeft bedoeld dat deze bepaling een nadere ondersteuning vormt voor zijn (voorlopig) oordeel is dat volgens het onderdeel eveneens onbegrijpelijk.

- 3.36** Deze klachten — wat er verder zij van de juistheid ervan — kunnen niet tot cassatie leiden, omdat zij zich richten tegen overwegingen die niet dragend zijn voor het oordeel van het hof. In rov. 4.6 komt het hof immers tot het voorlopige oordeel dat (de waarde van) het voorkeursrecht aan F. en S. voor gelijke delen toekomt. Het hof voegt hieraan toe, als een overweging ten overvloede, dat zulks overigens in overeenstemming is met artikel 5, tweede alinea van hun huwelijkse voorwaarden. De eerste en tweede volzin van rov. 4.19 moeten eveneens worden beschouwd als overwegingen ten overvloede, nu daarin per saldo slechts wordt terugverwezen naar de bedoelde passage in rov. 4.6.
- 3.37** Onderdeel 5 bevat een inleiding, onderdeel 5.1 een klacht. Deze ziet op het oordeel in de tweede alinea van rov. 4.6 in samenhang met hetgeen het hof daarna oordeelt in rov. 4.7–4.13 van het tussenarrest en rov. 2.9 van het eindarrest. Het onderdeel voert aan dat het hof uit het oog heeft verloren dat voor het slagen van tegenbewijs voldoende is dat het bewijs waartegen tegenbewijs is opengesteld, wordt ontzenuwd. Het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel van een onbegrijpelijke motivering doordat het in rov. 4.13 overweegt dat voor het slagen van het tegenbewijs onvoldoende is gebleken dat A. en G. er rekening mee moesten houden dat de instemming van T. met de — gewijzigde — taalkundige inhoud van het voorkeursrecht op een misverstand rustte. Het is immers onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd, aldus het middel, dat voor het ontzenuwen van het in de akte vervatte bewijs, onvoldoende wordt geacht dat duidelijke aanwijzingen bestaan dat de tekst van de akte niet overeenstemde met de bedoeling van T.
- 3.38** Het hof stelt bij het te leveren tegenbewijs — dat ziet op het bestaan van een werkelijke bedoeling van partijen bij de leveringsakte welke afwijkt van de taalkundige betekenis van de daarin gebruikte bewoordingen — terecht (en door het middel ook niet bestreden) voorop, dat het niet alleen gaat om de bedoeling van T. ^[36] Het gaat er gezien artikel 3:35 BW ook om, of T. erop mocht vertrouwen dat A. en G. begrepen wat de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte ('en/of') volgens de bedoeling van T. inhield (namelijk dat eerst S. en bij diens overlijden F. voorkeursgerechtigde zouden zijn). Zie rov. 4.13 (eerste, derde en vierde volzin) van het tussenarrest en rov. 2.2 (eerste en tweede volzin), 2.8 (eerste en tweede volzin) en 2.9 van het eindarrest.
- 3.39** In het kader van deze, correcte, vraagstelling formuleert het hof de tweede volzin van rov. 4.13, welke door het onderdeel wordt bestreden. Ik ben geneigd de verwijzing in die volzin naar een 'misverstand' in het geheel van rov. 4.13 te lezen als een wat losse omschrijving van de te beantwoorden vraag of (T. erop mocht vertrouwen dat) A. en G. begrepen wat de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte volgens de bedoeling van T. inhield. In ieder geval heeft het hof niet bedoeld hiermee te strenge eisen te stellen aan het tegenbewijs. Dat blijkt uit rov. 2.2 van het eindarrest. Hierin overweegt het hof dat zijn formulering in het tussenarrest 'wellicht iets te sterk' was en verduidelijkt waarom het gaat, namelijk dat er 'ten minste een spoor van twijfel bij A. en G. aanwezig (zal) moeten zijn geweest ten aanzien van de betekenis en implicatie van het noemen van beide namen van F. en S. in combinatie met de bewoordingen 'en/of'.'

Daarmee heeft het hof niet de aan het tegenbewijs te stellen eisen miskend, kort gezegd, dat het bewijs waartegen het tegenbewijs wordt opengesteld wordt ontzenuwd.^[37.]

- 3.40** Naar aanleiding van de s.t. zijdens S. merk ik nog het volgende op. Het hof heeft niet geoordeeld, dat S. in het kader van het tegenbewijs de wederzijdse partijbedoeling zal moeten aantonen, zoals de s.t. sub 6.10 veronderstelt. De s.t. brengt sub 6.8 en 6.12 ook rov. 2.2 van het eindarrest onder het bereik van de klacht van onderdeel 5.1. Voor zover over rov. 2.2 wordt geklaagd, is die klacht te laat en overigens, zoals uit het bovenstaande blijkt, vergeefs voorgedragen.
- 3.41** Voor zover het onderdeel nog beoogt te klagen over de onbegrijpelijkheid van de bewijswaardering, faalt het eveneens. Deze feitelijke waardering is voorbehouden aan het hof. Zij is niet onbegrijpelijk in het licht van de in de s.t. zijdens S. sub 6.11 aangevoerde argumenten, waarbij ik wijs op de familierelatie tussen A. en G. en F. (waaraan het hof in rov. 2.8 van zijn eindarrest nog aandacht besteedt) en de prijslimiet die in het voorkeursrecht wordt genoemd. De in de s.t. opgeworpen vraag, welk gewicht moet worden toegekend aan het feit dat T. de strekking van het voorkeursrecht niet ter sprake heeft gebracht bij het passeren van de leveringsakte, gaat geheel voorbij aan de positie van A. en G. .
- 3.42** Onderdeel 6 richt drie klachten tegen rov. 4.15. Hierin overweegt het hof, in het kader van het beroep van F. op artikel 3:35 BW, dat de (door S. betwiste) stelling van F. dat zij aanwezig is geweest bij alle besprekingen, bij de getuigenverhoren aan de orde kan komen. Het hof houdt daarbij een beslissing aan tot na de bewijslevering.
- 3.43** De klachten — voor zover zij al feitelijke grondslag zouden hebben — falen bij gebrek aan belang nu het hof blijkens rov. 2.10 van het eindarrest niet is toegekomen aan een beoordeling van het beroep van F. op artikel 3:35 BW.
- 3.44** Onderdeel 7 bevat geen zelfstandige klacht en behoeft geen bespreking.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 229910 / HA ZA 07-830 van de rechtbank Utrecht van 27 juni 2007 (tussenvonnissen), en 28 november 2007 (eindvonnis);
- b. de arresten in de zaak 200.002.783 van het gerechtshof te Arnhem van 28 april 2009 (tussenarrest), en 30 maart 2010 (eindarrest).

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft S. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

F. heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor S. mede door mr. I.C. Blomsma, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

- (i) Het echtpaar T. en M. (hierna: T. en M.) hebben hun woning gelegen aan de a-straat 1 te plaats verkocht en geleverd aan A. en diens echtgenote G. (hierna tezamen: A. en G.).
- (ii) In art. 17 van de koopovereenkomst van 15 oktober 1996 (hierna: de koopovereenkomst) is bepaald:
'(...) Voorkeursrecht van koop

Artikel 17

Verkoper en koper zijn overeengekomen dat koper bij het metterwoon verlaten van het verkochte dit te koop aanbiedt aan S., wonende b-straat 1 te plaats en bij vooroverlijden zijn echtgenote, F. voor een waarde gelijk aan de waarde in het economisch verkeer, met dien verstand dat de waarde nimmer hoger zal zijn dan f 600.000. (...)'

- (iii) In de akte van levering van 25 maart 1997 (hierna: de akte van levering) is bepaald:
'(...) VOORKEURSRECHT VAN KOOP
Koper verleent bij het metterwoon verlaten van het verkochte het voorkeursrecht van koop aan: S., geboren in negentienhonderdachtenveertig en/of zijn echtgenote F., geboren in negentienhonderdzevenenvijftig, beiden wonende b-straat 1 te plaats, voor een waarde gelijke aan de waarde in het economische verkeer, met dien verstande dat deze waarde nimmer hoger zal zijn dan zeshonderdduizend gulden (f 600.000). De waarde in het economisch verkeer zal in onderling overleg dienen te worden vastgelegd of, bij ontbreke aan overeenstemming daaromtrent, door een door de Kantonrechter te Utrecht aan te wijzen waardedeskundige. (...)'
- (iv) F., een nicht van A. en G. , en S. waren gehuwd onder huwelijkse voorwaarden. In art. 5 van die voorwaarden is onder meer het volgende opgenomen: '(...) Bestaat tussen de echtgenoten een geschil aan wie van beiden enig goed toebehoort en kan geen van beiden zijn recht daarop bewijzen dan wordt het geacht aan ieder van de echtgenoten voor de helft toe te behoren. (...)'
- (v) Het huwelijk tussen S. en F. is ontbonden op 21 maart 2003 door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Partijen hebben de gevolgen van hun echtscheiding geregeld in een echtscheidingsconvenant (van december 2002), waarin zij elkaar algehele en finale kwijting verleenden.
- (vi) Na het overlijden van A. en G. zijn F. en S. onderling (en indirect ook met de

executeurs-testamentair van A. en G.) in conflict geraakt met betrekking tot de vraag aan wie van hen beiden (de waarde van) het voorkeursrecht van koop toekomt. Nadat F. daarin had toegestemd, hebben de executeurs de woning voor een bedrag van € 272.339 verkocht en op 13 april 2007 geleverd aan S.

(vii) S. heeft de woning op 16 juli 2007 doorverkocht voor een bedrag van € 560.000.

3.2.1 F. heeft, voor zover in cassatie van belang, bij de rechtbank gevorderd te verklaren voor recht dat aan haar toekomt een bedrag ter grootte van primair het verschil dan wel subsidiair de helft van het verschil tussen enerzijds de vrije economische waarde van de woning per 13 april 2007 en anderzijds de in de akte van levering van 25 maart 1997 genoemde uitoefenprijs van het voorkeursrecht van koop met betrekking tot de woning per 13 april 2007, verhoogd met de wettelijke rente vanaf 13 april 2007 tot aan de dag der algehele voldoening.

De rechtbank heeft de vordering van F. afgewezen.

3.2.2 In hoger beroep heeft F. alleen haar subsidiaire vordering gehandhaafd. Deze vordering is toegewezen. Hetgeen het hof daartoe heeft overwogen, voor zover in cassatie van belang, kan als volgt worden weergegeven.

De akte van levering, in het bijzonder de bewoording van het voorkeursrecht, waarin S. en F. bij name zijn genoemd, levert dwingend bewijs op ten behoeve van S. en F. (tussenarrest rov. 4.4). Nu de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd, kan bij wege van vermoeden ervan worden uitgegaan dat de in die akte neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van T. en M. en A. en G. . Naar de letter van de desbetreffende bepaling komt het voorkeursrecht toe aan S. en/of zijn echtgenote F.

De uitleg van die bepaling zal plaatsvinden met toepassing van de Haviltex-maatstaf. (rov. 4.5). Taalkundig gezien heeft vooralsnog te gelden dat het voorkeursrecht aan F. en S. in hun interne verhouding voor gelijke delen toekomt, maar S. mag tegenbewijs leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte van levering opgenomen tekst niet strookt met de werkelijke bedoeling van T. en M. en A. en G. (rov. 4.6).

S., op wiens verzoek een voorlopig getuigenverhoor heeft plaatsgevonden, is er vooralsnog niet in geslaagd tegenbewijs te leveren (rov. 4.8 t/m 4.14).

Nog onvoldoende is gebleken dat A. en G. ermee rekening moesten houden dat de instemming van T. en M. met de — ten opzichte van de koopovereenkomst gewijzigde — formulering van het voorkeursrecht in de akte van levering op een misverstand berustte. Gesteld noch gebleken is dat T. en M. jegens A. en G. bezwaren kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van de formulering van het voorkeursrecht in de akte van levering (rov. 4.13). Het hof is voorshands van oordeel dat het voorkeursrecht aan beiden toekomt (rov. 4.23). S. zal overeenkomstig zijn daartoe gedane aanbod worden toegelaten tot het leveren van nader tegenbewijs (rov. 4.24).

In dat bewijs is hij niet geslaagd. Teneinde de dwingende bewijskracht van de akte van levering met tegenbewijs te ontzenuwen is niet voldoende de bedoeling van T. en M. te bewijzen. Er zal ten minste een spoor van twijfel bij A. en G. aanwezig moeten zijn geweest ten aanzien van de betekenis en implicatie van het noemen van beide namen van F. en S. in combinatie met de bewoordingen 'en/of', maar daarvan is niet gebleken (eindarrest rov. 2.2 en 2.8).

- 3.3.1** Onderdeel 1.1 van het middel keert zich tegen hetgeen het hof in rov. 4.4 en 4.6 heeft overwogen omtrent de dwingende bewijskracht van het in de akte van levering verklaarde aangaande het voorkeursrecht.
- Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat deze dwingende bewijskracht ook geldt in de onderlinge verhouding tussen S. en F.; zij hebben immers de akte niet ondertekend en hebben zich daarin dus ook niet jegens elkaar aangaande hun rechtsbetrekking gebonden.
- 3.3.2** Deze klacht is gegrond. De inhoud en strekking van art. 157 Rv. en de eisen van het rechtsverkeer brengen mee dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich volgens de tekst daarvan heeft verbonden (HR 5 december 2003, *LJN* AK3701, *NJ* 2004/75). Aan de onderhavige akte komt geen dwingend bewijs toe tegen S. en F., ook niet in hun onderlinge verhouding, nu daaruit niet blijkt van hun bedoeling zich jegens de kopers, de verkopers dan wel elkaar bewijsrechtelijk te binden.
- 3.3.3** Hoewel onderdeel 1.1 gegrond is, leidt dat niet tot vernietiging. Uit het bestreden arrest blijkt immers dat het hof zijn oordeel dat S. (nader) tegenbewijs moet leveren, niet alleen heeft gebaseerd op zijn (onjuiste) opvatting over de dwingende bewijskracht van de akte van levering, maar ook op zijn voorlopige oordeel over de uitleg van die akte, te weten dat (de waarde van) het voorkeursrecht in hun onderlinge verhouding aan S. en F. voor gelijke delen toekomt (rov. 4.5 en begin van 4.6). Nu, zoals hierna zal blijken, de tegen laatstgenoemd oordeel gerichte klachten geen doel treffen, kan onderdeel 1.1 bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.
- 3.4.1** Onderdeel 2.1 is ongegrond omdat, anders dan het onderdeel betoogt, geen tegenstrijdigheid bestaat tussen enerzijds het oordeel in rov. 4.4 dat aan de akte van levering dwingende bewijskracht toekomt en anderzijds het oordeel in rov. 4.5 dat bij wege van vermoeden ervan wordt uitgegaan dat de in de akte van levering neergelegde bewoordingen overeenstemmen met de laatst bekende wil van T. en M. en A. en G. .
- 3.4.2** Onderdeel 2.2 klaagt over onbegrijpelijkheid van laatstvermeld oordeel. Het verwijt het hof aan essentiële stellingen van S. omtrent de bedoelingen van partijen te zijn voorbijgegaan met de enkele motivering dat de akte van levering dateert van na de koopovereenkomst en dat er volgens partijen (door T. en M. en kandidaat-notaris O.) tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd.
- 3.4.3** De klacht faalt. Het hof, dat in rov. 4.8 in verband met toepassing van de Haviltex-maatstaf is ingegaan op de (bewijslevering aangaande de) door het onderdeel bedoelde — door F. betwiste — stellingen, heeft uit de in rov. 4.5 genoemde omstandigheden het vermoeden kunnen afleiden dat de bewoordingen van de akte van levering overeenstemmen met de werkelijke bedoeling van T. en M. en A. en G. . Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dat oordeel dan ook niet.
- 3.4.4** De beide klachten van onderdeel 2.3, gericht tegen de vaststelling van het hof dat er volgens partijen tussentijds over de tekst van het voorkeursrecht is overlegd, berusten op een onjuiste lezing van het tussenarrest (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.28) en kunnen daarom wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.
- 3.5.1** De onderdelen 3.1 en 3.2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij hebben als gemeen-

schappelijke noemer dat het hof slechts lippendienst heeft bewezen aan de Haviltex-maatstaf en in feite de woorden 'S. (...) en/of zijn echtgenote F.' uitsluitend taalkundig heeft uitgelegd, hetgeen in een geval als dit niet is toegestaan.

- 3.5.2** De onderdelen falen. Zij zien eraan voorbij dat het hof de betekenis van genoemde woorden ten slotte weliswaar heeft vastgesteld door middel van taalkundige uitleg, maar niet dan nadat het hof tot het oordeel was gekomen dat er geen andere voor toepassing van de Haviltex-maatstaf relevante feiten of omstandigheden waren gebleken die aan zodanige wijze van uitleg in de weg stonden.
- 3.5.3** Onderdeel 3.3, dat met juistheid veronderstelt dat rov. 4.7–4.14 mede zien op de uitleg van de akte van levering, klaagt onder meer dat dit onjuist dan wel onbegrijpelijk is omdat, kort gezegd, de uitleg een andere vraag betreft dan die van het tegenbewijs.
- 3.5.4** Het onderdeel faalt omdat onjuist noch onbegrijpelijk is dat het hof zijn (voorlopig) oordeel over de uitleg van de akte heeft gegeven mede aan de hand van het reeds beschikbare bewijsmateriaal.
- 3.6** De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt S. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van F. begroot op € 385,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

Auteur: L.C.A. Verstappen

1. In deze zaak gaat het om de vraag jegens wie een akte dwingend bewijs als bedoeld in art. 157 Rv oplevert. De casus is als volgt: A en B verkopen en leveren aan C en D een woning en bedingen ten behoeve van E en F een voorkeursrecht van koop. E en F verschillen van mening over de uitleg van het voorkeursrecht. Dat wordt onder meer ingegeven doordat de formulering van dit voorkeursrecht in de akte tot levering verschilt van die in de koopakte. In de koopakte is het onder de titel 'Voorkeursrecht van koop' geformuleerd als een aanbiedingsplicht: "...bij het metterwoon verlaten van het verkochte dit te koop aanbiedt aan [E], ... *en bij vooroverlijden* zijn echtgenote [F]... (cursief van mij, LV)". In de leveringsakte is het als voorkeursrecht van koop geformuleerd: "...bij het metterwoon verlaten van het verkochte het voorkeursrecht van koop aan: [E] ... *en/of* zijn echtgenote [F] ... (cursief van mij, LV)". Volgens de koop kwam F alleen het voorkeursrecht toe als E zou zijn vooroverleden; volgens de leveringsakte zou het voorkeursrecht hun beiden gezamenlijk toekomen.
2. Het recht heeft waarde als er een verschil bestaat tussen de overeengekomen prijs en de werkelijke waarde. Die waarde wordt gerealiseerd op het moment van uitoefening. Mogelijk is ook dat niet een

prijs is afgesproken, maar dat de marktwaarde objectief moet worden vastgesteld overeenkomstig een bepaalde procedure. Ook dan kan het aanbiederrecht een bepaalde waarde hebben voor de aanbiederrechtsgerechtigde indien het belang voor hem groter is dan voor de doorsnee koper op de markt. In het onderhavige geval is afgesproken dat de onroerende zaak moet worden aangeboden "voor een waarde gelijk aan de waarde in het economisch verkeer, met dien verstand dat de waarde nimmer hoger zal zijn dan fl. 600.000,-". De executeurs hebben in de nalatenschap C en D de woning voor een bedrag van € 272.339,- (= fl. 600.000,-) verkocht en op 13 april 2007 aan E geleverd. Deze heeft de woning op 16 juli 2007 doorverkocht voor een bedrag van € 560.000,-, dus voor bijna het dubbele van de uitoefenprijs. Het belang van F was dan ook de helft van de winst, oftewel: de helft van € 287.661 = € 143.830,50.

3. In art. 5 van de huwelijkse voorwaarden is de bepaling opgenomen dat wanneer tussen de echtgenoten een geschil bestaat aan wie van beiden enig goed toebehoort en geen van beiden zijn recht daarop kan bewijzen, dan wordt geacht dat het goed aan ieder van de echtgenoten voor de helft toe te behoren. Deze bepaling komt nagenoeg overeen met art. 1:131 BW, behoudens dat de toepassing van deze wettelijke bepaling is beperkt tot rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn. Het hof heeft zijn beslissing dat het voorkeursrecht aan beide partijen toekwam uiteindelijk enerzijds gebaseerd op de tekst van de bepaling in de leveringsakte die in het verlengde lag van deze bepaling in huwelijkse voorwaarden.
4. Dat de formulering van bepalingen in de koopakte verschilt van bepalingen in de leveringsakte die dezelfde materie regelen komt nogal eens voor. De bekendste casus in de onroerende zaken sfeer is denk ik die van Bouwmeester-van Leeuwen (HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560, m. nt. W.M. Kleijn), waarin de omschrijving van de verkochte onroerende zaak in de koopakte verschilde van die in de leveringsakte. In dit arrest kende de Hoge Raad overeenkomstig het oordeel van het Hof beslissende betekenis toe aan de omschrijving van de leveringsakte, hoewel die gegeven de omstandigheden van het geval niet echt logisch was. Hoewel in de koopakte was geformuleerd dat een gedeelte van een perceel met 80 aren als oppervlakte was verkocht, stond in de leveringsakte dat een gedeeltelijk perceel groot 85,90 aren werd geleverd, hetgeen de oppervlakte van het gehele perceel was. De strook die fysiek was afgesplitst van het perceel door het graven van een sloot, was precies 5,90 aren groot. Toch gaf op grond van een aantal argumenten de vermelding van de oppervlakte in de leveringsakte de doorslag. Naast wat andere argumenten oordeelde de Hoge Raad: "De notariële akte van 23 juni 1978 levert naar haar aard dwingend bewijs op dat partijen - in afwijking van de onderhandse akte van 9 juni 1978 - hebben verklaard te hebben verkocht, respectievelijk gekocht, een perceel weiland van 85,90 are. Het Hof heeft derhalve terecht geoordeeld dat deze omschrijving tot uitgangspunt moet worden genomen met dien verstande dat daartegen in beginsel tegenbewijs openstaat. Het Hof heeft bij zijn uitleg van de woorden "een perceel weiland", kennelijk en niet onbegrijpelijk, niet van belang geacht dat dit perceel bij de door het Hof aanvaarde uitleg van de akte doorsneden werd door een sloot."
5. Opvallend is dat in deze zaak aan de transportakte kennelijk een sterker bewijs wordt ontleend dan aan de koopakte. De Hoge Raad oordeelde in een van de overwegingen van dit arrest dat de transportakte dwingend bewijs oplevert ten aanzien van wat geleverd is. Maar volgens ons bewijsrecht heeft een onderhandse akte op dit punt tussen partijen even grote bewijskracht. Vergelijk art. 157 lid 2 Rv. Met Breedveld-de Voogd (C.G. Breedveld-de Voogd, *RM Themis* 2002, nr. 3, p. 244 e.v.) mag men zich afvragen waarom de onderliggende koopovereenkomst in het kader van het Haviltex-criterium zo'n minieme rol toekomt en de tekst van de omschrijving in de

leveringsakte zo'n allesbepalende rol. Deze uitspraak toont wel aan dat aan de leveringsakte doorgaans meer gewicht wordt toegekend dan aan de daaraan ten grondslag liggende koopakte. Zo ging het ook in de onderhavige zaak, waarin het hof via uitleg meer gewicht toekende aan de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte dan die in de koopakte.

6. Het komt in de notariële praktijk vaker voor dat tussen koop en levering dingen gebeuren die nopen tot aanpassing van hetgeen is overeengekomen. Het verdient aanbeveling dat wanneer het substantiële aanpassingen betreft, zoals in het onderhavige geval, dit expliciet wordt vermeld. Zo in de trant van 'in afwijking van de koopovereenkomst zijn partijen nader overeengekomen dat ...'. Soms staat in de leveringsakte een soort voorrangsregel, inhoudende bijvoorbeeld dat in geval van discrepantie tussen koopovereenkomst en leveringsakte, de leveringsakte de doorslag geeft.
7. Kern van de beslissing is dat art. 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer meebrengen dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de wederpartij (en haar rechtverkrijgenden), dat wil zeggen degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden. E en F hebben de akte waarin het voorkeursrecht in voorkomt niet ondertekend en alleen E is later rechtverkrijgende van de onroerende zaak geworden. E en F hebben niet de bedoeling gehad om zich ten aanzien van de formulering van het voorkeursrecht in de akte die niet door hen is ondertekend, jegens elkaar te binden. Dat lijkt mij vanuit de gedachte van 'preuve préconstituée' juist. Omdat de akte niet door hen is ondertekend hebben zij ook niet in bewijsrechtelijk opzicht over hun rechtspositie beschikt. Zij hebben zich in bewijsrechtelijk opzicht niet door ondertekening gebonden. Vgl. ook Rb. Den Bosch 18 november 1955, *NJ* 1957, 403. De gedachte is dat men door ondertekening in bewijsrechtelijk opzicht alleen gebonden is jegens de partij(en) bij de akte of diens rechtverkrijgenden. Deze bewijsrechtelijke werking geldt niet in de onderlinge verhouding der rechtverkrijgenden. Zij werkt overigens wel ten behoeve van hen als zij kunnen worden aangemerkt als rechtverkrijgenden in de zin van art. 157 lid 2 Rv. Anders geformuleerd: E kan als rechtverkrijgende wel dwingende bewijskracht aan de akte ontleen jegens de ondertekenaars, maar die dwingende bewijskracht kan niet tegen E en F in stelling worden gebracht voor de verkrijging door E, ook niet in hun onderlinge verhouding. Die dwingende bewijskracht kan wel in stelling worden gebracht tegen E na zijn verkrijging, maar niet tegen F als derde (vgl. HR 5 december 2003, *NJ* 2004/75 (Braam c.s./DGW)).
8. Art. 157 Rv is overigens op dit punt niet helemaal logisch. Welke relatie is vereist tussen de verklaringen in de akte en het recht dat onder bijzondere titel is verkregen wil gesproken kunnen worden van rechtverkrijgende onder bijzondere titel? Waren E en F al door toekenning van het voorkeursrecht rechtverkrijgenden onder bijzondere titel in de zin van art. 157 Rv? Of alleen E die het recht uitoefende en de onroerende zaak op naam heeft gekregen? Aangenomen mag worden dat de verklaring op de een of andere manier betrekking moet hebben op het goed dat is verkregen. Men vraagt zich af waarom de wetgever niet ook heeft bepaald dat onder partij ook wordt begrepen de overnemer van een schuld of een overeenkomst. Ik meen dat er geen goede gronden zijn waarom hier een verschil zou moeten worden gemaakt tussen goederen en schulden.
9. Wie zijn die 'rechtverkrijgenden' van partijen bij een akte? In ieder geval rechtsopvolgers onder algemene titel, zo lijkt het. Maar ook dat is niet helemaal het geval. De Hoge Raad (HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 373; reeds eerder: Rb. Haarlem 25 november 1913, *WPNR* 2297 (1914)) heeft immers al ooit beslist dat de echtgenoot van de in de wettelijke gemeenschap gehuwde partij ook in bewijsrechtelijk opzicht geen partij bij een akte is. Door boedelmenging volgt men niet ook van rechtswege op in de overeenkomsten die echtelieden hebben gesloten. De enkele omstandigheid

dat echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, brengt niet mee dat een echtgenoot (mede) partij is bij een door de andere echtgenoot aangegane rechtshandeling.

10. Was de regeling in het onderhavige geval nu een aanbiedingsplicht of een voorkeursrecht? Bij een aanbiedingsplicht moet een goed worden aangeboden indien zich bepaalde omstandigheden voordoen. Bij een voorkeursrecht heeft iemand in geval van een voorgenomen verkoop een voorkeursrecht tot koop. Beide figuren houden een aanbiedingsplicht in, doch in geval van een voorkeursrecht alleen bij vervreemding. In het onderhavige geval werd een aanbiedingsplicht respectievelijk het voorkeursrecht gekoppeld aan het metterwoon verlaten van de woning. De kwalificatie 'voorkeursrecht' is dan ook eigenlijk minder passend.

Voetnoten

- [1.] Zie rov. 3, aanhef, van het tussenarrest van 28 april 2009. Het hof neemt een (verkort) feitenrelaas op onder rov. 4.1–4.2.
- [2.] De p.-v.'s van deze verhoren zijn overgelegd als producties 9 t/m 12 bij dagvaarding in eerste aanleg.
- [3.] In hoger beroep is de eis gewijzigd. Zie de MvG tevens houdende wijziging en vermindering van eis, p. 24.
- [4.] HR 5 december 2003, *LJN* AK3701, *NJ* 2004/75.
- [5.] Deze luidt: 'Het voorkeursrecht is namelijk door de ondertekenaars van de akte van levering te hunnen behoefte opgenomen.'
- [6.] A-G Langemeijer, conclusie sub 2.8 voor HR 5 december 2003, *LJN* AK3701, *NJ* 2004/75; Stein/Rueb, Burgerlijk procesrecht, 2009, nr. 7.4.3; MvT, Parlementaire geschiedenis nieuwe bewijsrecht (1988), p. 142.
- [7.] Pitlo/Hidma & Rutgers, Bewijs, 2004, nr. 56; Veegens/Wiersma & Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, deel 2, 1988, nr. 39.
- [8.] Zie A-G Langemeijer, conclusie sub 2.9 (waarin de verworpen opvatting wordt verwoord) en 2.13–2.15 voor HR 5 december 2003, *LJN* AK3701, *NJ* 2004/75. Sub 2.15 schrijft hij: 'Ik zou om deze reden willen bepleiten dat de dwingende bewijskracht van de akte beperkt blijft tot degene die in de akte als wederpartij wordt aangewezen of te wiens behoefte, gelet op de tekst van de akte, de ondertekenaar geacht kan worden zich te hebben willen verbinden (en, uiteraard, hun erfopvolgers en rechtverkrijgenden).' Zie ik het goed, dan is dat dezelfde kring als door Uw Raad is bedoeld.
- [9.] Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 42, p. 84.
- [10.] Terzijde merk ik op dat Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 41, p. 80, enige nuanceringsen bespreken. Die vinden 'hun verklaring in het materiële recht doordat daaruit volgt dat de rechtsopvolger niet in ieder opzicht in de schoenen van zijn voorganger is komen te staan.'
- [11.] In dit verband wijs ik nog op het door Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 42 op p. 88, besproken voorbeeld van de door de crediteur aan de borg uitgereikte ondertekende kwitantie. De dwingende bewijskracht van de betaling door de borg, die daaruit blijkt, zou volgens de auteurs ook kunnen worden ingeroepen tegen een mede-borg. Anders o.m. F.G. Scheltema en H.J. Scheltema, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, 1934, p. 299. Het is echter de vraag of de opvatting in Veegens/Wiersma & Wiersma zich nog verdraagt met het arrest van 5 december 2003.
- [12.] Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, 1934, p. 299. Aldaar wordt ook verwezen naar andersluidende opvattingen. Zie over het aldaar genoemde voorbeeld van de mede-vennoot Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 42, p. 48,
- [13.] Schriftelijke repliek sub 1.1 (en noot 1).
- [14.] Onderdeel 1.1, de s.t. zijdens S. sub 2.18 en de schriftelijke repliek sub 1.1.
- [15.] Niet alleen rechtsopvolgers. Vgl. Veegens/Wiersma & Wiersma, a.w., nr. 42.
- [16.] Ik verwijs naar de bij noot 10 bedoelde nuancering.
- [17.] Ik laat hierbij allerhande vertegenwoordigingsconstructies buiten beschouwing.
- [18.] De voorkeursgerechtigden zouden bijvoorbeeld met deze bedoeling de leveringsakte mede hebben kunnen ondertekenen.
- [19.] Schriftelijke repliek sub 1.2.
- [20.] HR 22 oktober 2010, *LJN* BM8933, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Lisser/Kamsteeg), rov. 4.2.3. Zie ook HR 5 januari 2001, *LJN* AA9314, *NJ* 2001/612 m.nt. W.D.H. Asser (Brooke/Overes q.q.) en HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *NJ* 2008/219 m.nt. C.J.M. Klaassen, JBPR 2007/57 m.nt. M. Ahsmann (Wooning/Wooning), rov. 3.4, waarin, iets korter geformuleerd, werd overwogen dat de akte dwingend bewijs oplevert van de waarheid van de verklaring.
- [21.] Zie ook J.H.M. ter Haar & H.B. Krans, 'Debatteren over de inhoud van een notariële akte: drie invalshoeken', *WPNR* 6777 (2008), p. 910–917; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Bewijs van de (inhoud van de) overeenkomst', *NJB* 2008, p. 812.

- [22.] Vgl. A-G Huydecoper in zijn conclusie sub 11 voor en C.J.M. Klaassen in haar noot sub 2 onder HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *NJ* 2008/219 (Wooning/Wooning).
- [23.] HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *NJ* 2008/219 m.nt. C.J.M. Klaassen, *JBPR* 2007/57 m.nt. M. Ahsmann (Wooning/Wooning).
- [24.] Vgl. F.J.M. Verstijlen, noot sub 4 onder HR 22 oktober 2010, *LJN* BM8933, *NJ* 2011/111 (Lisser/Kamsteeg).
- [25.] Vgl. het voorbeeld bij Asser-Anema-Verdam, 1953, p. 116: een huurcontract vermeldt als huurprijs 200, de huurder die stelt dat voor 100 is gehuurd dient dat te bewijzen.
- [26.] Meer precies, zoals bij onderdeel 5 zal worden besproken, of T. erop mocht vertrouwen dat A. en G. begrepen wat de formulering van het voorkeursrecht in de leveringsakte ('en/of') volgens de bedoeling van T. inhield.
- [27.] HR 22 oktober 2010, *LJN* BM8933, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Lisser/Kamsteeg).
- [28.] HR 5 januari 2001, *LJN* AA9314, *NJ* 2001/612 m.nt. W.D.H. Asser (Brooke/Overes q.q.); HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *NJ* 2008/219 m.nt. C.J.M. Klaassen, *JBPR* 2007/57 m.nt. M. Ahsmann (Wooning/Wooning). Vgl. over de vraag of de rechter terughoudend gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid om aan te nemen dat tegenbewijs is geleverd tegen de inhoud van een notariële akte C.J.M. Klaassen, noot sub 4, en M. Ahsmann, noot sub 10 onder het eerder genoemde arrest Wooning/Wooning alsmede J.H.M. ter Haar & H.B. Krans, a.w., p. 912, r.k., 913, r.k. en 916, l.k.
- [29.] De vraag of tegenbewijs bewijsrisico inhoudt, is in deze zaak niet aan de orde. Ik laat die vraag daarom rusten. Zie daarover uitgebreid M. Ahsmann in haar noot sub 8–9 onder HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *JBPR* 2007/57 (Wooning/Wooning) in reactie op W.D.H. Asser in zijn noot sub 8 onder HR 5 januari 2001, *LJN* AA9314, *NJ* 2001/612 (Brooke/Overes q.q.).
- [30.] De s.t. zijdens F. sub 2.10 signaleert dit ook, maar acht juist het oordeel in rov. 4.5 niet essentieel.
- [31.] Aldus de s.t. sub 3.13 zijdens S.
- [32.] De in de s.t. onder 3.12 bedoelde stellingen sub (i), sub (ii) en sub (iii) t/m (vi) komen terug in de weergave van de stellingen van S. in rov. 4.8 respectievelijk sub (i), sub (iv) en sub (ii)/(iii).
- [33.] Vgl. echter het gesteld in de schriftelijke repliek sub 2.
- [34.] Zie bijvoorbeeld HR 3 september 2010, *LJN* BM6085, *NJ* 2011/5 m.nt. L.C.A. Verstappen.
- [35.] Zie bijvoorbeeld HR 9 december 1994, *LJN* ZC1574, *NJ* 1995/197. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Bewijs van de (inhoud van de) overeenkomst', *NJB* 2008, p. 813–814.
- [36.] Het hof doet hiermee ook op mevrouw Van Tienhoven-de Man.
- [37.] HR 16 maart 2007, *LJN* AZ0613, *RvdW* 2007/305, *NJ* 2008/219 m.nt. C.J.M. Klaassen (Wooning/Wooning).